Der Minderjährige als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

Isi Kahn
Referendar in Cöln.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1912.

Referent: Professor Dr. Wüstendörfer

Samuel Kahn,

meinem unvergeßlichen Vater!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, von Anschütz und Völderndorff. Erlangen 1894.

v. Blume, Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechtes. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 417 ff.

Behrens, Die juristische Konstruktion der deutschen Handelsgesellschaften. Kiel 1879.

Boethke, Zu § 110 BGB. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 8.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5.—7. Aufl. Stuttgart 1900, 1903, 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 2. 4. Aufl. Halle 1896.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Mannheim 1908.

Eccius, Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 32.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl.

Frankenburger, Minderjährige Kaufleute, Inhaber von Erwerbsgeschäften. In der Monatsschrift für Handels- und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen 8. Jahrg. Berlin 1899.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1897.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895.

Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1897.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft. Jena 1901.

Laband, Beiträge der Dogmatik der Handelsgesellschaften. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 31.

Ladenburg, Sind Handelsgesellschaften juristische (moralische) Personen? Im Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht Bd. 10 S. 27 ff.

Lastig, Die offene Handelsgesellschaft. Bei Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1902.

Lenz, Die rechtliche Stellung des minderjährigen Kaufmanns. Greifswalder Diss. Potsdam 1903.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. Berlin 1906.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1 u. 4.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1908.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.

Plathner bei Gruchot Bd. 37 S. 82.

Puchelt, Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1899.

Rietzler, Die freie Verfügungsmacht der Minderjährigen und das Surrogationsprinzip. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 8 S. 565.

Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von juristischen Personen.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. München und Berlin 1910.

Sohm, Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. Leipzig 1879.

Wilmowski-Levy, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 7. Aufl. Berlin 1895.

Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1889.

Reichsgerichtsentscheidungen, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, des Kammergerichts und der übrigen Gerichte sind jeweils zur Stelle zitiert.

Einleitung.

1. Die rechtliche Stellung des minderjährigen Kaufmanns im allgemeinen.

Unter Minderjährigen in dem hier angewendeten Sinne werden gemäß § 106 BGB. nur solche Personen verstanden, die zwar das 7. Lebensjahr vollendet haben, aber noch nicht volljährig sind, sei es, daß sie das 21. Jahr noch nicht vollendet haben oder noch nicht für volljährig erklärt worden sind. Zur Abstreifung des Begriffes Minderjährigkeit ist die Erreichung des 21. Lebensjahres dann nicht nötig, wenn der Minderjährige für volljährig unter den in den §§ 3—5 statuierten Voraussetzungen erklärt worden ist. Im Gegensatz zu den geschäftsunfähigen Kindern bis zum vollendeten 7. Jahre werden alle Personen im Alter unter 21 Jahren in den §§ 107—113 BGB. schlechthin Minderjährige genannt. Der Kreis dieser Personen ist, wie die Motive (Bd. 1 S. 131) sagen, zwar willenskräftig, besitzt aber noch nicht den Grad geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung, welche erforderlich ist, um ungefährdet im Rechtsverkehr selbständig auftreten zu können. Der Minderjährige ist also nur beschränkt geschäftsfähig: nicht als ob ein Kind — das ist ein Mensch unter 7 Jahren — kein Handelsgewerbe treiben könnte.

Zum Begriffe des Kaufmannsgewerbes gehört lediglich die Hingabe des Namens. Aber es ist absolut geschäftsunfähig, d. h. sein Wille existiert für die Rechtsordnung überhaupt nicht. Es kann folglich weder ein Handelsgewerbe begründen noch — infolge seiner Unfähigkeit, eine Willenserklärung abzugeben — einzelne Geschäftshandlungen mit irgendeiner Wirkung vornehmen. Überall handelt sein gesetzlicher Vertreter für dasselbe. Nur so ist es ihm möglich, in rechtlicher Beziehung ein Zeichen seines Daseins von sich zu geben. Nichtsdestoweniger kann dieses infans Kaufmann sein. Die seinem Vertreter gesetzlich obliegenden Pflichten gewährleisten ihm eine sorgfältige Wahrung seiner Interessen.

Was nun den Begriff Kaufmann beim Minderjährigen angeht, so ist derselbe, — da eine besondere Regelung der Stellung des Minderjährigen im Handelsgesetzbuch nicht stattgefunden hat, — an die nämlichen Voraussetzungen gebunden, die auch beim Volljährigen erforderlich sind. Nach § 1 HGB. ist Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Handelsgewerbes, so ist der Minderjährige für die Geschäfte dieses Betriebs nnbeschränkt geschäftsfähig, demgemäß auch insoweit prozeßfähig (§ 52 ZPO.). Diese Ermächtigung ist sowohl für den Fall erforderlich, in welchem der Minderjährige als Einzelkaufmann handelt, als auch für den hier besonders inter-

essierenden Fall, in welchem der Minderjährige durch Eingehung eines Gesellschaftsvertrages Kaufmann wird (§ 1822 Ziff. 3). In beiden Fällen bedarf es jedoch für solche Geschäfte, zu denen auch der Vertreter der vormundschaftlichen Genehmigung bedarf, dieser Zustimmung. Je nachdem, ob der die Ermächtigung erteilende Vertreter der Vater oder ein Vormund ist, ist der Umfang der genehmigungsbedürftigen Geschäfte weiter oder enger (vgl. §§ 1643, 1822 BGB.). So ist z. B. der minderjährige selbständige Kaufmann zur Wechselzeichnung stets nur mit Genehmigung des Vaters oder des Vormundes befugt, die dieser, falls er allgemein vom Vormundschaftsgericht ermächtigt ist, allerdings dem Mündel wohl ebenfalls allgemein erteilen kann (vgl. § 1825 BGB.).

Was der Minderjährige durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 BGB. gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt, ist freies Vermögen des Kindes. Der Vater oder die Mutter sind von der Nutznießung ausgeschlossen (§ 1651 BGB.). Betreiben dagegen der Vater oder die Mutter ein Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes, so gehört das Geschäft zum unfreien Vermögen des Kindes, und dem elterlichen Gewalthaber gebührt der jährliche Reingewinn (§ 1649 BGB.). Ergibt sich ein Verlust, so verbleibt bis zu dessen Ausgleichung der Gewinn späterer Jahre dem Kinde. Der Gewalthaber braucht aber nicht zur Deckung den ihm zugefallenen Gewinn früherer Jahre zu verwenden (§ 1655 BGB.).

2. Das Wesen der offenen Handelsgesellschaft.

Die offene Handelsgesellschaft ist eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei welcher die Haftung keines der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist.

Betreffs der Auffassung des Wesens der offenen Handelsgesellschaft stehen sich die Vertreter der verschiedenen Richtungen gegenüber. Eccius (Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei, in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 32 S. 1 ff.), Salkowski (Bemerkungen zur Lehre von der juristischen Person), Gelpcke (in seiner Zeitschr. f. HR. Bd. 2), Ladenburg (im Arch. f. Wechselr. u. HR. Bd. 10 S. 227), Affolter (im Arch. f. bürgerl. R. von Kohler-Ring Bd. 5 S. 1 ff.) erblicken in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person. Gareis (Lehrb. 1909 S. 162) bezeichnet sie als relativ juristische Persönlichkeit, während Gierke (Genossenschaftstheorie und deutsches PrivR.), Cosack (Lehrb. d. HR.), Lehmann-Ring (Komm. z. HGB.), Staub (Komm. z. HGB.) und die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller sie heute als Gesamthand auffassen. Dernburg (Preuß. PrivR. 5. Aufl. Bd. 2) und Behrens (Die juristische Konstruktion der deutschen Handelsgesellschaften, Kiel 1879) halten die offene Handelsgesellschaft für eine römische societas, während Laband (Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 31 S. 469, S. 1 ff.) sie als eine bloße Haftungsart aufgefaßt wissen will.

Nach unserer Auffassung muß man wohl, um den wahren Charakter der offenen Handelsgesellschaft festzustellen, auf ihren historischen Ursprung zurückgehen. Im altdeutschen Recht finden wir Familiengemeinschaften zur gesamten Hand zwischen Eltern und Kindern oder Geschwistern. Diese Gemeinschaften waren ursprünglich Lebensgemeinschaften, entwickelten sich aber im Laufe der Zeit zu Formen wirtschaftlicher Betriebe. Wir sehen es heute noch als alltägliche Erscheinung, daß die Familiengemeinschaft und die sich daraus ergebende Hausgemeinschaft bezw. Erbengemeinschaft eine der häufigsten Entstehungsursachen der offenen Handelsgesellschaft ist. Starb in altdeutscher Zeit das Familienhaupt, das irgendeinen Wirtschaftsbetrieb ausgeübt hatte, und lebten die zurückgebliebenen Familienglieder in consortio, so setzten sie diesen Betrieb zumeist als Erben fort. Die Konsorten haften aber auch als Glieder desselben Hauses, also auf Grund ihrer Familienzusammengehörigkeit, auf Grund eines relativen Personenrechtsverhältnisses, jeder für die Handlungen des anderen mit seiner Person (vgl. Lastig S. 329). Das Grundverhältnis dieses Zusammenschlusses ist also die Erbengemeinschaft. Hierbei ist zu betonen, daß keiner in dieser Gemeinschaft über seinen Anteil für sich allein verfügen konnte. Zu jeder Verfügung müssen alle zusammenwirken. Dieses Verhältnis wurde symbolisch dadurch gekennzeichnet, daß die Mitberechtigten die Hände ineinander verschlingen und so „conjuncta manu“ über den gemeinschaftlichen Gegenstand verfügen. Dieses Symbol

gab dem Rechtsgedanken den Namen: das Prinzip der gesamten Hand. Dieses Prinzip ist es, das eine Auflösung der väterlichen Wirtschaft verhütet; der Haushalt wird gemeinschaftlich fortgeführt. Erst durch die Teilung endet die Gemeinschaft. Allmählich können auch Fremde in dieses Konsortium eintreten, zumal sie zu dem ursprünglich vorhandenen Kapital eigenes mithinzubringen. Damit wird neues wirtschaftliches Blut in die Familie gebracht, der ganze Handelsbetrieb aufgefrischt. Sobald aber der Fremde hinzukommt, lockert sich die Hausgemeinschaft. Daraus ergab sich die Möglichkeit, Assoziationen nach diesem Prinzipe zu bilden. So war das Anwendungsgebiet der Gesamthand nicht auf den durch Hausgemeinschaft bestimmten engeren Personenkreis beschränkt, sondern auch fremde Personen konnten Mitglieder dieser Vermögensgemeinschaft werden. Hiermit ist der Anfang gemacht zu einer Entwicklung, die in der heutigen offenen Handelsgesellschaft ihren letzten Ausdruck findet. In diesen Gemeinschaften des ältesten und jüngeren Rechts waren somit Gebilde geschaffen, in denen die Verfügungen über das gemeinsame Gut nur conjuncta manu möglich waren. Damit hat das deutsche Recht eine Zwischenbildung zwischen societas und juristischer Person geschaffen. Die römische societas ist das Prinzip der Vielheit: das obligatorische Binden der Personen, so daß sie nach außen auch nur als Einzelpersönlichkeiten existieren. Die juristische Person kennt hinwiederum ihre natürlichen Mitglieder nicht; sie ist der abstrakte Verband als solcher.

Hingegen ist das Gesamthandsprinzip ein Gemisch aus beiden, ein Zwitter, das ein Stück der societas und ein Stück der universitas hat. Nach außen tritt sie gewissermaßen in der Maske der juristischen Person auf, wird aber sofort entlarvt, wenn die Haftung der Gesellschafter in Frage kommt. Ihr sozietätsähnlicher Charakter äußert sich im Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrags, in dem die Beziehungen der Gesellschafter zum Vermögen geregelt sind, während ihre Annäherung an die juristische Person darin zum Ausdruck kommt, daß der einzelne nicht über seinen Vermögensanteil verfügen kann. Alle Merkmale der Gesamthand liegen aber bei der offenen Handelsgesellschaft vor: ein geschlossenes Ganzes nach außen, eine obligatorische Verbindung im Inneren, die auf dem Gesellschaftsvertrage beruht; ein Vermögen, das der Gesamtheit gehört, zu dem die Glieder der Gesamtheit, ein jedes seinen Baustein hinzutragen. Ein äußeres Kennzeichen, daß die jeweiligen Geschäfte des Gesellschafters für die Gemeinwirtschaft, für gemeinsame Rechnung abgeschlossen werden, finden die Quellen (vgl. Lastig S. 331) in der Erklärung des kontrahierenden Gesellschafters, das Geschäft für sich und seine Gesellschafter zu schließen, oder darin, daß der Gesellschafter das Geschäft in die Handelsbücher der Gesellschaft einträgt.

Die Gesamthand ist kein in sich geschlossenes, festgeprägtes, einheitliches Rechtsinstitut. Sie ist (vgl. Gierke, GenTh. S. 342 ff.) nur ein Erklärungsprinzip, das den verschiedenen Rechtsinstituten zugrunde liegt. Demgemäß

sind auch die Ausstrahlungen der gesamten Hand stärker oder schwächer, je nachdem das objektive Recht sie im einzelnen bei der Kodifizierung eines Instituts anerkannt hat. Das Gesamthandsprinzip ist bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht so durchdringend gewesen wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Das Wesen der Gesamthand beruht (vgl. Gierke ebenda S. 343) auf dem Einfluß der Verbundenheit der Subjekte auf eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft. Dieses Band schließt die Gesellschafter zu einer Einheit zusammen; der Wille des einzelnen Gesellschafters äußert hier für sich keine Wirkung mehr; erst der Gesamtwille kann Rechtswirkungen erzeugen. Und selbst da, wo scheinbar der einzelne die Gesamtheit berechtigend und verpflichtend auftritt, ist es nicht sein eigener Wille, der diese Rechtswirkungen erzeugt; in ihm und durch ihn wirkt dann der aus der Gesamtheit abgeleitete Wille aller. Die Gesamtheit trägt die Rechte und Pflichten: die Verbindung ist das prius. Hieraus folgt dann ohne weiteres, daß der einzelne in seinen Verfügungen gebunden ist.

Ein weiteres gleich wichtiges Charakteristikum der Gesamtheit ist das Sondervermögen. Wie die Berechtigung des einzelnen am Sondervermögen zu konstruieren ist, ist streitig. Für den Rahmen dieser Arbeit genügt die Feststellung, daß dieses Sondervermögen nicht mit dem Privatvermögen des Gesellschafters zusammenfällt, mag man der Theorie der geteilten Mitberechtigung, vertreten durch Lehmann-Ring (Komm. vor § 105

HGB.), Goldmann-Lilienthal (S. 783/84), Cosack (§ 276 Abs. 1), oder der Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung, vertreten durch Gierke (GenTh. S. 344), Crome (§ 280 Nr. 2), Planck (S. 452), Staub (Erk. zu HGB. § 122 Anm. 12), für die offene Handelsgesellschaft Reichsgericht (RG. Bd. 25 S. 256, Bd. 30 S. 150), für das Bürgerliche Gesetzbuch Reichsgericht (RG. Bd. 56 S. 206), oder der Theorie Sohms, der Anteile kraft Personenrechts annimmt, sich anschließen.

Auf weitere Einzelheiten an dieser Stelle einzugehen ist mit Rücksicht auf den Endzweck dieser Abhandlung nicht nötig.

A. Die Errichtung der Gesellschaft.

Erstes Kapitel.

Die Kernfrage der Arbeit.

Wir haben im einleitenden Kapitel gesehen, daß der Minderjährige prinzipiell in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Auf Schritt und Tritt macht sich ihm der Hemmschuh vormundschaftlicher oder vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung geltend. Und selbst dort, wo er scheinbar selbständig ist, nämlich in dem Falle, wo ihm seitens des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts der selbständige Betrieb eines Handelsgewerbes gestattet ist, kann er bestimmte Arten von Rechtsgeschäften doch nicht allein und frei nach seinem Willen vornehmen. Im direkten Gegensatze zu diesem geringen Umfange, innerhalb dessen er sich betätigen kann, steht die rechtliche Stellung des Minderjährigen als offener Handelsgesellschafter. Der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft ist vom Gesetze mit einer denkbar weitgehenden Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis ausgestattet. Grundsätzlich kann jeder Gesellschafter jedes Geschäft mit einer die Gesellschaft als solcher berechtigenden und verpflichtenden Wirkung vornehmen. Soll an diesem Grundsatze ausnahmsweise etwas geändert werden, so müssen

entweder der Vertrag oder die im Gesetz normierten Voraussetzungen zur klageweisen Entziehung dieser Befugnisse gegeben werden. Der Fall, daß beide Eigenschaften in einer Person zusammentreffen, daß dieselbe Person minderjährig und zugleich auch offener Handelsgesellschafter ist, bildet die Kernfrage dieser Arbeit. Daß es sich hierbei nicht lediglich um die Erörterung rein theoretischer Möglichkeiten handelt, sondern daß dieser Fall gerade bei der offenen Handelsgesellschaft sehr oft vorkommen kann, wird in unserer Darstellung gezeigt werden. Wie das geltende Recht einen Ausgleich zwischen den beiden sich widerstreitenden Möglichkeiten schafft, wie der Minderjährige, der an sich beschränkt geschäftsfähig ist, sich rechtlich qualifiziert, wenn er offener Handelsgesellschafter wird, soll im einzelnen dargetan werden.

Zweites Kapitel.

Die Errichtung der Gesellschaft.

a) Der Minderjährige als Gesellschafter kraft Vertrags, der vom Vormundschaftsgericht genehmigt ist.

Im § 1822 Ziff. 3 BGB. heißt es: Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Vertrage, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, sowie zu einem Gesellschaftsvertrage, der zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes ein=

gegangen wird. — Wir finden also hier die Bestimmung, daß es der doppelinstanzlichen Genehmigung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts bedarf, wenn ein Gesellschaftsvertrag unter Beteiligung des Minderjährigen geschlossen wird. Offenbar war sich der Gesetzgeber der schwerwiegenden Folgen, die jedes Eingehen eines Gesellschaftsvertrags an sich schon nach sich zieht, erst recht aber dann, wenn bei Eingehung eines solchen Vertrags ein Minderjähriger in Betracht kommt, in ihrer ganzen Bedeutung bewußt. Es ist in der Literatur und Judikatur niemals angezweifelt worden, daß unter der angeführten Bestimmung des § 1822 BGB. auch die Eingehung eines Vertrags zur Gründung oder Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft zu verstehen ist. Über die Folgen, die sich jedoch hieraus für den Minderjährigen ergeben, ist eine allumfassende Darstellung noch nicht gegeben worden.

Zur Klarlegung der Rechtslage wollen wir an erster Stelle unsere Auffassung aufs deutlichste dahin präzisieren, daß, wenn der Minderjährige tatsächlich nun die Genehmigung zum Abschlusse eines solchen Gesellschaftsvertrags seitens des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts erlangte, keine rechtliche Verschiedenheit zwischen ihm und den übrigen Mitgesellschaftern der offenen Handelsgesellschaft an sich besteht. Allerdings kann im Innenverhältnis zwischen den socii die Haftung vertraglich anders vereinbart sein: wohl kann inter socios Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis beschränkt

werden; auch könnte auf diese Weise die Tätigkeit des Minderjährigen eingeengt werden. Dies ist dann aber eine nur vertraglich gewollte Änderung der vom Gesetz anders geregelten rechtlichen Wirkung: von Gesetzes wegen ist der minderjährige Gesellschafter offener, d. h. absolut aktiv wie passiv selbständiger Gesellschafter. Nach außen hin haben diese Verabredungen keinerlei Wirkung, es sei denn, daß die Vertretungsbeschränkung ins Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden ist (§ 15 HGB.). Die lex specialis der offenen Handelsgesellschaft derogiert den generellen Vorschriften, die im allgemeinen Teile des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Minderjährigen aufgestellt sind. Gegen diese Auffassung könnte eingewandt werden, daß die lex specialis sich lediglich auf den Regelfall des volljährigen Gesellschafters beziehe: hinsichtlich des nicht vollgeschäftsfähigen Gesellschafters aber die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung fänden. Es dürfte dieser Einwand wohl nicht zutreffend sein. Wollte man die entsprechenden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs heranziehen, so widerspreche das begrifflich dem Gebilde der offenen Handelsgesellschaft, deren Eigentümlichkeit schärfste Haftung ihrer Mitglieder ist.

Es ist zuzugeben, daß die sich daraus ergebende Konsequenz der unbeschränkten Haftung des Minderjährigen, die Tatsache, daß er sich selbständig völlig unbeschränkt verpflichten kann, eine sehr gefährliche und für den Minderjährigen selbst vielleicht verhängnisvolle ist.

Aber das ist ja eben die Aufgabe des Vormundes und des Vormundschaftsgerichtes, daß sie, bevor sie ihre Genehmigung geben, sich über die Folgen dieser zu erteilenden Erlaubnis klar werden, daß sie die tatsächlichen Verhältnisse eingehend prüfen und sich dabei Rechenschaft darüber geben müssen, ob die Persönlichkeit des Minderjährigen dafür bürgt und genügend reif ist, die Tragweite etwaiger Geschäftsaktionen, die er selbst vornimmt, zu übersehen. Vormund und Vormundschaftsgericht haben es zudem ja auch in ihrer Hand, falls diese Geschäftstüchtigkeit bei dem Minderjährigen nicht zutrifft, ihr Einverständnis zum Eintritt in die offene Handelsgesellschaft davon abhängig zu machen, daß im Gesellschaftsvertrage die Tätigkeit des minderjährigen Gesellschafters sehr eingeengt wird. Vormund und Vormundschaftsgericht geben ihre Zustimmung nur dergestalt, daß der Mündel von der Geschäftsführung (vgl. § 114 Abs. 2 HGB.) ausgeschlossen sein soll, oder (vgl. § 125 HGB.) daß der Ausschluß seiner Vertretungsbefugnis ins Handelsregister eingetragen wird. Alles dieses muß aber, wie gesagt, im Gesellschaftsvertrag abgeredet werden. Ist das nicht der Fall, dann ist kein Unterschied zwischen dem Minderjährigen und dem Volljährigen vorhanden. Dieser Minderjährige hat gewissermaßen auf Umwegen eine ähnliche Stellung erlangt, die ein für volljährig erklärter Minderjähriger hat. Hier ist auch der Fall zu erwähnen, wo dem Minderjährigen im Sinne des § 1803 Abs. 1 BGB. von einem Dritten ein Vermögen von Todes wegen oder

unter Lebenden unentgeltlich zugewendet wird mit der Anordnung, daß er es zur Einlage in eine offene Handelsgesellschaft benutzen solle. Der Vormund muß sodann das Geld zu diesem Zwecke benutzen, es sei denn, daß mit ihm auch das Vormundschaftsgericht diese Art der Verwendung für unzweckmäßig erachtet (§ 1803 Abs. 2 BGB.). Hält also das Vormundschaftsgericht diese Bedenken gegen den Eintritt des Minderjährigen für nicht erheblich, so muß der Vormund das Geld den Anordnungen entsprechend verwenden. Das bedeutet aber nur, daß der Vormund gehalten ist, das Geld zu diesem Zwecke zu verwenden, und daß eine etwaige Abweichung von dieser Anordnung ihn schadensersatzpflichtig machen würde. Hiermit ist aber der Gesellschaftsvertrag, bei dem die Einlage nur Substrat ist, noch nicht zustande gekommen. Bezüglich des Abschlusses des letzteren gilt der allgemeine Grundsatz, daß es der Genehmigung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichtes bedarf. Hiernach wäre allerdings an und für sich dem Vormunde die Möglichkeit gegeben, durch Versagen der Zustimmung zum Abschlusse des Gesellschaftsvertrages die Ausführung der Anordnung des Zuwendenden hintanzuhalten. Hiergegen wird das Gericht, das eine Verwendung im Sinne des Zuwendenden für zweckmäßig erachtet, dadurch den Minderjährigen schützen können, daß es den kurzsichtigen Vormund entläßt.

b) Der Minderjährige als Gesellschafter kraft Gesetzes.

Im Gesellschaftsvertrage war im Sinne des § 139 HGB. bestimmt, daß im Falle des Todes des Erblassers die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll. Der Minderjährige wird durch Erbschaftsanfall Gesellschafter. Es ist dies ein sehr häufig vorkommender Fall, z. B. ein Vater, der mit seinem Bruder eine offene Handelsgesellschaft betrieben hat, stirbt; der Minderjährige wird Erbe. Wir stehen hierbei im Gegensatz zu der später zu erörternden Auffassung auf dem Standpunkte, daß der Minderjährige schon im Augenblicke des Erbschaftsanfalls offener Handelsgesellschafter wird. Da dieses eine gesetzliche, also ipso iure eintretende Folge ist, so können Vormund und Vormundschaftsgericht hier gar nicht als genehmigende Instanz in Betracht kommen. Lediglich die definitive Erklärung über die Erbschaftsannahme selbst geschieht durch den Vormund. (Vgl. Staudinger Bd. 4 zu den §§ 1821, 1822 S. 1271, §§ 1942 ff. — Dieser Abschnitt gilt für jeden Erben: vgl. Fischer-Henle Vorbem. zu §§ 1942 ff.) Unsere Ansicht, daß der Erbe kraft Gesetzes mit Anfall der Erbschaft ohne weiteres offener Handelsgesellschafter wird, ist nicht unbestritten. Bereits im Urteil v. 17. 3. 1886 (Bd. 16 S. 40 ff.) hat das Reichsgericht mit den verschiedenen diesbezüglichen Meinungen sich auseinandergesetzt. Von den dort scharf voneinander geschiedenen Auffassungen findet auch heute noch eine jede unter den Schriftstellern Anhänger. Makower

folgt z. B. der Ansicht, daß der Eintritt in eine neue Gesellschaft stets den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags mit allen übrigen Gesellschaftern voraussetze (vgl. zu § 130 I c). Es bestehe also durch die Beerbung des verstorbenen Gesellschafters die Gesellschaft keineswegs mit dessen Erben von selbst fort, vielmehr bedürfe es zu einem solchen Fortbestehen in jedem Falle der zur Begründung eines Vertragsverhältnisses überhaupt erforderlichen Willenserklärung der Erben, daß sie der Gesellschaft mit den überlebenden Gesellschaftern beiträten. Dritten könne aus der vertraglichen Abmachung der früheren Gesellschafter keinerlei Recht entstehen. Für die Schuldverbindlichkeiten des Erblassers hafteten die Erben aus ihrer Erbenqualität heraus, nicht etwa aus einer eventuellen Gesellschafterqualität. Hätten die Erben durch ausdrückliches oder konkludentes Verhalten ihren Willen erklärt, daß die Gesellschaft mit ihnen fortbestehen solle, so würde die Wirkung dieser Erklärung auf den Augenblick des Todes zurückbezogen. Erst damit seien aber die Erben in der Gesellschaft. Die Abrede des Erblassers mit den Gesellschaftern stelle demnach nur einen Vorvertrag dar, der den Abschluß eines neuen Gesellschaftervertrags mit den Erben zum Gegenstande habe. Denselben Standpunkt vertritt auch das Kammergericht in der Entscheidung v. 8. 7. 1901 (vgl. RJA. Bd. 2 S. 178). Ähnlich Staub zu § 123 Anm. 15 S. 463 HGB., der sich dahin ausspricht, daß erst mit dem Augenblicke, wo die Gesellschaftsgeschäfte beginnen, d. h. also auf Grund ge-

meinschaftlichen Willens, Rechtshandlungen vorgenommen werden, welche den Anfang eines gemeinschaftlichen Gewerbebetriebes erweisen, die offene Handelsgesellschaft vorhanden sein solle.

In Übereinstimmung mit der Auffassung des Reichsgerichts können wir der vorstehenden Ansicht nicht beipflichten. Im § 131 Ziff. 4 HGB. heißt es: Die offene Handelsgesellschaft wird aufgelöst durch den Tod eines Gesellschafters, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt. Im § 139 HGB. heißt es: Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll ... Es folgt daraus also, daß die offene Handelsgesellschaft dann nicht aufgelöst wird, wenn (vgl. Art. 123 Ziff. 2 a. HGB.) der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden soll. Die Fortsetzung einer Gesellschaft ist aber nichts anderes als ihre Verlängerung über zeitlich bestimmte Ereignisse hinaus. Demgemäß setzt die Anwendung dieser Bestimmung voraus:

a) daß ein Vertrag existiert — es braucht nicht, wie das Reichsgericht unzutreffend meint, der Gründungsvertrag zu sein (vgl. Staub § 139 Anm. 1) —, in welchem bestimmt wird:

daß das Bestehen dieser offenen Handelsgesellschaft nicht geknüpft sein solle an die Koexistenz des Lebens der Kontrahenten, daß vielmehr diese offene Handelsgesellschaft im Falle des Todes eines

oder mehrerer oder aller ursprünglichen Gesellschafter fortbestehen solle mit dem Erben des oder der verstorbenen Gesellschafter;

b) die Beerbung desjenigen Gesellschafters oder derjenigen Gesellschafter, deren Tod bei jeder Vertragsbestimmung ins Auge gefaßt war.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, so knüpft das Gesetz an das unter a Gesagte die Folge, daß die offene Handelsgesellschaft durch den Tod des betreffenden Gesellschafters nicht aufgelöst wird, sondern fortbesteht, und zwar mit den Erben des Verstorbenen, welche von Gesetzes wegen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft werden. Die Ausführung der gegenteiligen Meinung, daß Dritte durch einen Vertrag, bei dem sie nicht zugezogen werden, kein Recht erwerben könnten, ist an sich schon nicht richtig; es sei auf den Vertrag zugunsten Dritter und den Erbschaftsvertrag hingewiesen. Mit Recht vertritt aber hier das Reichsgericht den Standpunkt, daß es sich gar nicht um Rechte aus einem Vertrage handelt, sondern um Rechte, welche den Erben des verstorbenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft von Gesetzes wegen zustehen. Das Gesetz hat eben diese positive Bestimmung getroffen. „Den vielen Zufällen, welche das Gedeihen einer offenen Handelsgesellschaft schädigen können, dem Zufalle des Todes den benachteiligenden Einfluß möglichst zu entziehen und im Interesse des Verkehrs der offenen Handelsgesellschaft eine Kontinuität in ihrem objektiven Bestehen zu ermöglichen“,

war der Zweck des Gesetzes. Diese vom Reichsgericht vertretene Auffassung faßt Thöl zu Art. 123 a. HGB. dahin zusammen: Die Auflösung der Gesellschaft ist die Folge folgender Umstände: ... Nr. 8: Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht vereinbart ist, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll. Wenn dies vereinbart ist, so ist der Erbe oder sind die Erben nunmehr Gesellschafter. Die Dauer der Gesellschaft bleibt die bisherige (Thöl S. 334). Hiernach bedarf es nach der Ansicht des Reichsgerichts und Thöls keines besonderen Gesellschaftsvertrages, um den Erben offenen Handelsgesellschafter werden zu lassen. Es liegt kein Grund vor, diese Grundsätze nicht zur Anwendung zu bringen, wenn der Erbe minderjährig ist. Allerdings kann er dieser Erbenqualität wieder verlustig werden, wenn Vormund und Vormundschaftsgericht gemäß § 1822 Ziff. 2 BGB. die Erbschaft ausschlagen. Da hiernach der Minderjährige über 7 Jahre ohne Abschluß eines Gesellschaftsvertrages offener Handelsgesellschafter wird, so würde mit der Möglichkeit zu rechnen sein, daß der Minderjährige, der eben erst das 7. Lebensjahr vollendet hat, mit der abgeleiteten [1]) Geschäftsfähigkeit ausgestattet wäre.

[1]) § 125 HGB. stellt den Grundsatz auf, daß jeder Gesellschafter zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt ist, sofern er nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch gerichtlichen Ausschluß davon ausgeschlossen ist. Vertritt nun der Minderjährige die Gesellschaft, so verpflichtet er zuvor in erster Linie fremdes Vermögen. An sich wäre das ja nach § 165 BGB. nichts Außergewöhnliches, aber durch jedes Rechtsgeschäft,

Hiergegen bietet das Gesetz selbst ein doppeltes Korrektiv. Zwar ist zur Annahme einer Erbschaft (vgl. Staudinger zu § 1822 Abs. 2 BGB.) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht erforderlich. Aber der Vormund hat gemäß § 1793 BGB. für die Erhaltung, Verwertung und Vermehrung des Vermögens innerhalb der durch das Gesetz bestimmten Schranken Sorge zu tragen. Das Bürgerliche Gesetzbuch legt ihm die eigentliche Verwaltung der Vormundschaft selbständig in die Hände. Es stellt den sogen. Grundsatz der Selbständigkeit des Vormundes auf. Er ist es, der in Zweckmäßigkeitsfragen die Entscheidung hat. Sobald dem Erben die Erbschaft zugefallen ist, beginnt auch seine Verwaltungstätigkeit hierüber. Wenn nun auch die Verwaltungstätigkeit des Vormundes dort eine Grenze findet, wo die Gesamthandssphäre beginnt, d. h. wo der Teil des Vermögens des Minderjährigen in Betracht kommt, der als Einlage sich im Gesellschaftsvermögen befindet, m. a. W. der Vormund also in den Vermögenskomplex der offenen Handelsgesellschaft nicht hineinreden kann — ist es doch ein seinem Mündel nicht gehörendes, fremdes Vermögen —, so ist er doch berechtigt und verpflichtet, da einzugreifen, wo etwa die Eigen-

---

das er für die offene Handelsgesellschaft abschließt, verpflichtet er sich selbst zugleich persönlich mit. Hierauf kommt es zur Beurteilung des Grades seiner Geschäftsfähigkeit an. Da er diese Geschäftsfähigkeit aus dem genehmigten Gesellschaftsvertrage in Verbindung mit dem auf diesem Vertrage basierenden Gesamthandsprinzip ableitet, schlage ich vor, diese Geschäftsfähigkeit als „abgeleitete" Geschäftsfähigkeit zu bezeichnen.

vermögenssphäre des Minderjährigen gefährdet werden kann, d. h. er hat dafür zu sorgen, daß der Teil des Vermögens des Minderjährigen, der seiner vormundschaftlichen Verwaltung unterliegt, möglichst geschützt wird. Demgemäß entspringt es der Sorge für das Eigenvermögen des Mündels, wenn der Vormund für den Erben gemäß § 139 HGB. die dem Erben zustehende Möglichkeit, Kommanditist der offenen Handelsgesellschaft zu werden, ausgeübt wissen will. Im § 139 HGB. ist nämlich dem Erben das Wahlrecht eingeräumt, entweder offener Handelsgesellschafter oder Kommanditist zu werden. Wird der Erbe Kommanditist, so wird das der vormundschaftlichen Verwaltung unterliegende Mündelvermögen gegen eine unbeschränkte Haftung geschützt. Wird dem Vormund der Antrag, daß sein Mündel Kommanditist der Gesellschaft werde, abgelehnt, so kann der Mündel aus der Gesellschaft ausscheiden. Wenn nun der Antrag des Vormundes, seinem Mündel die Stellung eines Kommanditisten einzuräumen, abgelehnt wird, der Vormund aber von dem ihm solchenfalls zustehenden Rechte des Mündels, den Austritt des Mündels aus der Gesellschaft anzumelden, keinen Gebrauch machen will — weil er sich immerhin gewisse Vorteile aus seinem Verbleiben verspricht —, so hat er dennoch immer Mittel und Wege, die Gefahren der Minderjährigkeit des Mündels abzuschwächen. Der Vormund wird bei Stellung seines Antrages, daß sein Mündel Kommanditist werde, vorwiegend von der Erwägung ausgehen, daß durch das

dem Minderjährigen als offenem Handelsgesellschafter zustehende Vertretungsrecht auch das der vormundschaftlichen Verwaltung zustehende Vermögen gefährdet werden könnte. Diese Gefahr kann zwar nicht ganz beseitigt werden, da die Handlungen der übrigen Gesellschafter das gesamte Vermögen des Minderjährigen verpflichten. Sie wird aber dadurch abgeschwächt, daß der Vormund durch Vertrag mit den Gesellschaftern das Vertretungsrecht dem Minderjährigen entzieht, auf welche Vereinbarung die Gesellschafter schon in ihrem eigensten Interesse eingehen werden.

Nach vorstehender Erörterung ergibt sich also ein doppeltes Korrektiv gegenüber der Gefahr der abgeleiteten Geschäftsfähigkeit: entweder der Eintritt des Minderjährigen als Kommanditist oder die vertraglich vereinbarte Entziehung seiner Vertretungsbefugnis.

Inwieweit greift der § 110 BGB., sofern man dessen Anwendbarkeit für die offene Handelsgesellschaft überhaupt annimmt, in bezug auf diese Platz? § 110 BGB. spricht von zwei Möglichkeiten: Der Minderjährige bewirkt ohne Zustimmung des Vertreters einen Vertrag mit Mitteln, die ihm entweder zu diesem speziellen Zwecke oder zur freien Verfügung von dem dort Genannten überlassen worden sind. Daß nun die erste dieser Möglichkeiten für die offene Handelsgesellschaft nicht in Betracht kommt, ist klar. Denn der Vertreter ist nicht befugt, dem Minderjährigen ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Mittel zu einem Vertrage zu

gewähren, der selbst erst der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Hat er sie zur Einlage gewährt, so bringt das einseitige Handeln des Minderjährigen dennoch die Zweckbestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht zustande. Diese wird nur durch ein gemeinschaftliches Vorgehen sämtlicher in Betracht kommender Faktoren erzeugt, also nur dann, wenn auch das Vormundschaftsgericht den Mitteln diese Bestimmung gibt. Da demnach die eine Voraussetzung des § 110 BGB., das rechtliche Vorhandensein eines Zweckes, dem die Mittel dienen sollen, fehlt, so ist es klar, daß der ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertretung mit diesen Mitteln bewirkte Vertrag niemals wirksam wird. Das gleiche gilt, wenn ein Dritter dem Mündel Gelder zu Zwecken überlassen hat, damit er mit diesen Mitteln den Vertrag zur Eingehung einer offenen Handelsgesellschaft bewirkte. Auch in diesem Falle würde die tatsächlich erfolgte Einwilligung des Vormundes in diese Zweckbestimmung nicht genügen, um den ohne seine Zustimmung abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag als von Anfang an wirksam zu machen. Dieser Gesichtspunkt ist aber auch ausschlaggebend für die Beurteilung des anderen Falles des § 110 BGB., wo der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters mit Mitteln bewirkt, die ihm vom gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind. Auch in diesem Falle wird der so abgeschlossene Gesellschaftsvertrag aus angeführtem

Grunde niemals wirksam werden können. Die Richtigkeit unserer Auffassung, daß nämlich aus § 110 BGB. eine offene Handelsgesellschaft nicht zustande kommen kann, wird bestätigt, wenn man bedenkt, daß die Möglichkeit des Entstehens der offenen Handelsgesellschaft nach § 110 BGB. zu einer völligen Ausschaltung des Vormundschaftsgerichts und zu einer Umgehung dieser Behörde führen könnte, indem nämlich der gesetzliche Vertreter, dem gegenüber das Vormundschaftsgericht die Zustimmung versagt hat, einfach diesen Schleichweg benutzen würde. Damit ist die Möglichkeit verneint, daß der Minderjährige aus den Mitteln des § 110 mehr wie der Vormund bewirken könne, z. B. daß er Geschäfte vornehmen könne, zu der der Vormund selbst der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedürfe; der Mündel kann, wie wir sahen, nie mehr Machtvollkommenheit besitzen wie der Vormund. In Konsequenz dieses Standpunktes ist es klar, daß der Minderjährige aus solchen Mitteln niemals offener Handelsgesellschafter werden kann. Würde man einen gegenteiligen Standpunkt vertreten, so würde die Folge davon sein, daß ein offener Handelsgesellschafter, der dann doch mit der abgeleiteten Geschäftsfähigkeit ausgestattet wäre, viel mehr Geschäfte vornehmen könnte wie sein Vormund. Er könne z. B. selbständig Kredite aufnehmen, Wechsel zeichnen usw. Alles dieses spricht also für die Richtigkeit unserer Auffassung.[1]) Weiterhin ist § 1822 Ziff. 3 BGB. auch lex

[1]) Die Annahme eines gegenteiligen Standpunktes würde aber

specialis, da sie spezifisch den Gesellschaftsvertrag von den Verträgen des § 110 BGB. sondert und ihn der Kompetenz des Vormundes allein entzieht.

Wir kommen nunmehr zu dem Fall, daß der Minderjährige, ohne daß seine gesetzliche Vertretung etwas davon weiß, mit anderen volljährigen Personen vertragliche Vereinbarungen zwecks Eingehung einer offenen Handels-

---

auch zu praktisch unhaltbaren Resultaten führen. Denn lediglich über die Mittel des § 110 BGB., selbst in ihrem ursprünglichen Originalbestande, könnte der Minderjährige, wie wir in Teil 1 sahen, frei verfügen. Das Surrogat untersteht aber besonderen Vorschriften. Die Freiheit, über den ursprünglichen Gegenstand zu verfügen, ist nicht auf das Surrogat ausgedehnt (Boethke ebenda). Würde der Minderjährige also aus diesen freigegebenen Mitteln des § 110 selbst die Gesellschaft gründen, das Surrogat unterstände sofort wieder der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Das widerspricht aber der Tendenz der offenen Handelsgesellschaft, bei der die Einlage der unumschränkten Verfügung der Gesellschafter unterliegt. Diese Mittel könnten dann nicht als Einlage im Sinne des Gesetzes gelten, so daß in Ermanglung eines Substrates die Gesellschaft gar nicht zur Entstehung gelangt. Mit Recht führt Boethke ebenda aus, daß, wenn man unseren Standpunkt nicht einnehmen wollte, eine vom Sohne mit freigegebenen Mitteln erworbene Hypothek frei veräußert werden könne, während zur Veräußerung einer vom Vater für den Sohn erworbenen Hypothek die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich wäre. Es trägt also das mit freien Mitteln Erworbene nicht denselben juristischen Charakter. Das Surrogat wird vielmehr ein nach Maßgabe des Gesetzes gewissen Einschränkungen unterliegender Vermögensbestandteil, es sei denn, daß die gesetzliche Vertretung es für frei erklärt. Der Vormund ist zu einer solchen Freigabe nur unter Vorbehalt der Befugnisse des Vormundschaftsgerichts berechtigt (§§ 1644, 1824 BGB.; Boethke ebenda).

gesellschaft getroffen hat. Im Innenverhältnis der Kontrahenten kommen die in den §§ 108 ff. BGB. niedergelegten allgemeinen Grundsätze in Betracht. Der Vertrag ist schwebend unwirksam. Wird die Genehmigung zum Eingehen des Gesellschaftsvertrags vom Vormund und Vormundschaftsgericht versagt, so ist der ganze Vertrag nichtig, es sei denn, daß die Kontrahenten die Gültigkeit des Vertrags auch dann wollten, wenn der Minderjährige nicht Gesellschafter würde (vgl. § 139 BGB.). Von der Gültigkeit des Vertrags zu trennen ist in solchen Fällen die Frage der Haftung. Sie bietet zu besonderen Untersuchungen Veranlassung. Es ist nämlich zu unterscheiden:

1. Fall: Die Kontrahenten wußten, daß sie es mit einem Minderjährigen zu tun hatten; wollten den Vertrag aber auch ohne den Minderjährigen zustande kommen lassen.

2. Fall: Die Kontrahenten legten auf die Beteiligung des Minderjährigen — sie kannten seine Minderjährigkeit — so großes Gewicht, daß der Vertrag ohne Beteiligung des Minderjährigen nichtig sein soll.

3. Fall: Die Kontrahenten wußten nicht, daß der betreffende Kontrahent minderjährig ist.

Zu 1. Die Kontrahenten wollten den Vertrag auch dann gültig sein lassen, wenn der Minderjährige nicht Gesellschafter werden würde. Sie wußten beim Geschäftsabschlusse, daß er minderjährig ist, und haben von vornherein die Klausel in den Vertrag aufgenommen, daß auch ohne Mitwirkung des Minderjährigen die Ge-

sellschaft gültig zustande kommen sollte. Machen sie vor der Eintragung ins Handelsregister Geschäfte, so haften die volljährigen Kontrahenten schon jetzt unbedingt unbeschränkt. Denn dann liegen die Tatbestandsmerkmale des § 123 Abs. 2 HGB., der ja einen gültigen Gesellschaftsvertrag voraussetzt, vor (Staub Anm. 16 zu § 123). Mit dem Minderjährigen ist aber ein gültiger Vertrag noch nicht zustande gekommen. Mag sich der Minderjährige auch als offener Handelsgesellschafter gerieren, mögen ihn selbst die Gesellschafter dafür ausgeben, rechtlich ist er es nicht. Demgemäß kann er im Gegensatz zu seinen Mitkontrahenten nicht selbständig verpflichtet und haftbar gemacht werden. Die Eigentümlichkeit des Falles besteht also darin, daß, obwohl der Minderjährige im Verkehr als offener Handelsgesellschaftler auftritt, er dennoch nicht haftbar gemacht werden kann. Melden die offenen Handelsgesellschafter nur in Gemäßheit des § 106 HGB. die Gesellschaft an, so wird auch nach außen hin eine Klarlegung der Stellung des Minderjährigen erfolgen. Denn der Registerrichter hat zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag, dessen Beibringung an sich nicht nötig ist, rechtsgültig geschlossen ist. So hat auch das Kammergericht (KGJ. Bd. 23 A S. 89) entschieden: „Das Handelsregistergericht hat bei Anmeldung einer Kommanditgesellschaft, an der Minderjährige beteiligt sein sollen, zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag für diese von berechtigten Personen abgeschlossen ist, und ob er die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts

erlangt hat oder nicht. Im verneinenden Falle hat es die Eintragung abzulehnen". Also muß der Registerrichter prüfen, ob die vormundschaftliche Genehmigung und die des Gerichtes zur Beteiligung des Minderjährigen vorliegt. Wenn dies nicht der Fall ist, kann er ihn nicht als Gesellschafter eintragen. Dagegen wohl die anderen socii, da sie sich ja auch ohne den Minderjährigen zur societas zusammenschließen wollten.

Zu 2. Wenn die Kontrahenten wußten, daß sie es mit einem Minderjährigen zu tun hatten, aber ohne Beteiligung des Minderjährigen den Vertrag nicht perfekt werden lassen wollten, so bietet die Frage der Haftung in dem Falle, daß Vormund und Vormundschaftsgericht die Handlungsweise des Minderjährigen nicht nachträglich genehmigen, zu Schwierigkeiten keinen Anlaß. Haben die Volljährigen mit Dritten kontrahiert, so haften sie in diesem Falle nach den allgemeinen Grundsätzen entweder persönlich jeder für sich oder solidarisch, je nachdem, wie sie dem Dritten gegenüber aufgetreten sind. Eine Haftung aus dem Gesellschaftsvertrage liegt nicht vor, da dieser ja nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Kontrahenten nicht zustande gekommen ist. Wird unter Zustimmung aller Gesellschafter das Bestehen einer tatsächlich nicht bestehenden offenen Handelsgesellschaft kundgegeben, so wird das dem Dritten gegenüber so angesehen, als sei eine offene Handelsgesellschaft vorhanden (ROHG. Bd. 13 S. 375, Bd. 24 S. 320; OLG. Hamburg in OLGRspr. Bd. 3 S. 342; OLG. Dresden ebenda Bd. 4 S. 202; RG.

Bd. 40 S. 146). Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Kontrahenten irrtümlich von der Voraussetzung ausgingen, daß ein Gesellschaftsvertrag zustande gekommen sei (RG. Bd. 51 S. 37). „Der Grundsatz“ (vgl. JurW. 1898 S. 163 Nr. 30), „von dem das Bürgerliche Gesetzbuch ausgeht, daß, weil die mehreren Gesellschafter dem Kläger gegenüber als Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft sich kundgegeben und als für solche handelnd aufgetreten seien, die Vorschrift des Art. 112 a. HGB. betreffend die solidarische Verbindlichkeit Anwendung finde, wird von der Revision nicht angefochten und ist jedenfalls für den Handelsverkehr als richtig anzuerkennen. Wo in dieser Weise Gesellschafter unter Umständen auftreten, welche die Annahme erwecken müssen, daß sie Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft seien und für eine solche kontrahieren, sind sie den Dritten, welche im Vertrauen auf solche ausdrückliche oder konkludente Erklärung mit ihnen in Rechtsbeziehungen getreten sind, eben kraft dieser Erklärung gleich Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft haftbar. Die Notwendigkeit dieses Satzes ... ist aber auch dann anzuerkennen, wenn die entsprechende Kundgebung nur einzelnen Personen oder einer Person gegenüber, mit welcher man kontrahieren will, unter Umständen erfolgt, welche einen Zweifel an der Ernstlichkeit des Willens, als Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und namens einer solchen zu handeln, ausschließen. Der Dritte, der im Vertrauen auf eine solche Erklärung sich mit dem Erklärenden eingelassen hat, ist berechtigt, sich

an dessen Erklärung zu halten". Daß auch hier der Minderjährige nicht von dem Dritten haftbar gemacht werden kann, ist ohne weiteres aus dem oben Gesagten und aus den Erörterungen des ersten Teiles zu folgern. Über die eventuelle Haftung des Minderjährigen wegen unerlaubter Handlungen gegenüber den getäuschten Kontrahenten gelten die allgemeinen Grundsätze. Zu beachten ist dabei, daß gemäß § 165 BGB. der Minderjährige als Vertreter die anderen Kontrahenten verpflichten kann. Die Haftung des Minderjährigen selbst ist ebenfalls nach den Regeln des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen.

Zu 3. Die Gesellschafter wußten nicht, daß sie es mit einem Minderjährigen zu tun hatten. Die Rechtslage ist dann dadurch bedingt, ob der Vormund und das Vormundschaftsgericht ihre Genehmigung erteilen. Erteilen sie die Genehmigung, so bewirkt das zunächst die Gültigkeit des mit dem Minderjährigen geschlossenen Vertrages, so daß auch im übrigen Zweifel an der Gültigkeit des Gesamtvertrages nicht entstehen können. Erfolgt die Zustimmung nicht, dann ist der Gesellschaftsvertrag nicht wirksam, wodurch dann weiter nach § 139 BGB. die Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrages herbeigeführt wird, wenn anzunehmen ist, daß die Gesellschafter den Vertrag ohne den Minderjährigen nicht gewollt hätten. Diese Ungültigkeit beseitigt nicht ihre Haftungspflicht. Wenn nämlich jemand im Rechtsverkehr als Kaufmann gilt, wenn er kaufmännisch auftritt, so wird

er auch als offener Handelsgesellschafter behandelt, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag nicht gültig ist (vgl. Staub Anm. 8, 9 u. 16 zu § 123 und Exk. zu § 5 HGB.).

Drittes Kapitel.

Die Mitglieder sind ausschließlich minderjährig.

Ein nicht selten vorkommender Fall ist der, daß als Gesellschafter ausschließlich Minderjährige in Betracht kommen. Hierbei ist wiederum zu unterscheiden kraft Vertrages und kraft Erbschaft, z. B. zwei Brüder, Inhaber einer offenen Handelsgeschaft, sterben; beider minderjährige Söhne sind Erben. Oder beide Inhaber einer offenen Handelsgesellschaft wollen sich zurückziehen und ihren minderjährigen Kindern vertraglich ihre Rechte einräumen. Der Fall der Erbschaft bietet nach dem zu I Gesagten insofern zu Schwierigkeiten keinen Anlaß mehr, als der Vormund kraft seiner Sorgepflicht für das Vermögen des Mündels die obenerwähnten Sicherheitsmittel, nämlich den Eintritt des Minderjährigen als Kommanditisten in die Gesellschaft oder die vertragliche Entziehung der Vertretungsmacht, in der Hand hat. Die Vormünder des Minderjährigen werden sich am zweckmäßigsten selbst die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis für die Gesellschaft je nach Lage des Falles übertragen lassen können. In dem Falle, wo die Minderjährigen Gesellschafter kraft Vertrages werden sollen, wird das Vormundschaftsgericht die Genehmigung des Vertrages ebenfalls wohl davon

abhängig machen, daß die Kontrahenten auf ihre Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis verzichten und beide Rechte auf den Vormund übergehen. Oder aber die Vormünder bestellen gemeinsam mit dem Vormundschaftsgericht eine besondere Persönlichkeit zu diesem Zwecke.

Viertes Kapitel.

Form und sonstige Voraussetzungen des Gesellschaftsvertrages; Vertretung des Minderjährigen beim Abschlusse des Vertrages.

Eine Form ist für den Gesellschaftsvertrag nicht vorgeschrieben. Es gilt hier die Formfreiheit des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Aber auch die im Bürgerlichen Gesetzbuch festgesetzten Ausnahmen bleiben bestehen. Insbesondere ist die Formvorschrift des § 313 BGB. zu beachten, demzufolge alle Gesellschaftsverträge dann einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen, wenn ein Gesellschafter ein Grundstück einbringt. Das gilt auch dann, wenn sämtliche Mitglieder der Gesellschaft Miteigentümer des Grundstückes waren und es nunmehr in die Gesellschaft einbringen. Weiterhin müssen die nach bürgerlichem Recht sonstwie erforderlichen Voraussetzungen des Vertrages zu seiner Gültigkeit gegeben sein, insbesondere die Vorschriften über die Vertretung des Minderjährigen. Gehört der Inhaber der elterlichen Gewalt zu den Gesellschaftern, so ist die Bestellung eines Pflegers für jedes einzelne Kind notwendig. Weder kann

der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt kontrahieren, noch ein Pfleger für mehrere Kinder. Bei dem Abschlusse des Vertrages über die Errichtung einer offenen Handelsgesellschaft, deren Teilhaber eine Witwe und deren Kinder sein sollen, können die minderjährigen Kinder nicht durch die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt vertreten werden. Vielmehr bedarf es der Mitwirkung je eines besonderen Pflegers für jedes minderjährige Kind. Entsprechendes gilt, wenn es sich um den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zwischen Kindern des Inhabers der väterlichen Gewalt handelt (RJA. Bd. 3 S. 22; vgl. KGJ. Bd. 22 A S. 284, ebenda S. 101 u. S. 34; §§ 181, 1630, 1795 Abs. 2, 1909, 1915 Abs. 1 BGB.; RJA. Bd. 2 S. 178).

Ob der Gesellschaftsvertrag für die Minderjährigen von den berechtigten Personen abgeschlossen worden ist, ob er die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erlangt hat oder nicht, hat das Handelsregistergericht von Amts wegen zu prüfen. Im verneinenden Falle hat es die Eintragung abzulehnen (vgl. KGJ. Bd. 23 A S. 89). In der angeführten Entscheidung heißt es aber weiter: „Mit Recht ist aber auch das Amtsgericht in die Prüfung eingetreten, ob die Gründung der Gesellschaft in gesetzmäßiger Weise vorgenommen worden sei oder nicht. Es bedarf zwar nicht der Beibringung eines beurkundeten Gesellschaftsvertrags. Allein die Voraussetzung der Eintragung ist immer, daß eine Gesellschaft überhaupt besteht, daß also der sie begründende Gesell=

schaftsvertrag gesetzmäßig zustande gekommen ist". — Diese Bestimmung bezieht sich zwar auf die Kommanditgesellschaft, muß aber, wie die nämliche Entscheidung besagt, einheitlich auf die offene Handelsgesellschaft angewendet werden. „Da bei Anmeldung der Kommanditgesellschaft die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten nach Namen, Stand und Wohnort zu bezeichnen sind, hat die Prüfung sich namentlich darauf zu erstrecken, ob etwa aus diesen Angaben Bedenken gegen die Gültigkeit des Gesellschaftsvertrags hergeleitet werden können. Wie sich hieraus ergibt, muß, wenn nach dem Inhalt der Anmeldung minderjährige Personen als Gesellschafter beteiligt sind, das Registergericht vor der Eintragung der Gesellschaft feststellen, daß die Minderjährigen bei dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags gehörig vertreten waren, und daß, sofern der Vertragsabschluß einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, diese erwirkt ist. Denn nur aus diesen Feststellungen ist die für die Eintragung wesentliche Gültigkeit des Gesellschaftsvertrags zu entnehmen" (vgl. Makower § 106 Anm. 5). Bezüglich der Formalitäten, die bei der Gesellschaftsgründung zu beobachten sind, ist noch zu bemerken, daß die Anmeldung zum Handelsregister durch den Mündel selbst vorgenommen werden kann. Er ist nach der Genehmigung des Gesellschaftsvertrags Gesellschafter geworden, und da gemäß § 108 Abs. 1 HGB. die Anmeldung von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken ist, so muß auch er bei der Anmeldung in der vorgeschriebenen

Weise (vgl. § 108 Abs. 2 HGB.) die Zeichnung der Firma zwecks Aufbewahrung beim Gerichte mitbewirken. Anders, wie es scheint, Staub (Anm. 1 zu § 108).

B. Die Stellung des Minderjährigen als Mitglied der Gesellschaft.

I. Allgemeines.

Fünftes Kapitel.

Vorbemerkung.

Sobald der Gesellschaftsvertrag zustande gekommen ist, er also die vormundschaftliche und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erhalten hat, wird der Minderjährige Mitglied der offenen Handelsgesellschaft. Was seine Eigenschaft als Gesellschafter betrifft, so müssen wir bei unserer Untersuchung im Anschluß an die Systematik des Gesetzbuches ein Doppeltes scheiden: die inneren und äußeren Rechtsbeziehungen oder, wie es im Handelsgesetzbuch II. Buch 1. Abschnitt 2. u. 3. Titel heißt, das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten. Voran stellen wir jedoch die Untersuchung solcher Fragen, die sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis der Gesellschaft von Bedeutung sind.

Sechstes Kapitel.

Die Kaufmannseigenschaft.

Zunächst soll die Frage beantwortet werden, ob der Minderjährige schon durch seine Eigenschaft als Mitglied der offenen Handelsgesellschaft Kaufmann wird. Die Beantwortung dieser Frage ist davon abhängig, ob man den offenen Handelsgesellschafter überhaupt als Kaufmann betrachtet oder nicht. Es ist in der Literatur streitig, ob der Gesellschafter einer in erheblichen Beziehungen selbständig rechtsfähigen Gesellschaft zur gesamten Hand, wie die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, Kaufmann ist. Makower (zu § 1 Anm. IV, 3 S. 8/9) meint, daß das Handelsgesetzbuch die Verneinung voraussetze, denn im § 236 HGB. sei „neben dem Betreiben eines Handelsgewerbes noch besonders die Teilnahme an einer anderen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter aufgeführt, letzteres also nicht als im ersteren enthaltend angesehen. Der § 60 HGB. könne nicht für das Gegenteil angesehen werden, denn es sei im § 60 unter Betreiben eines Handelsgewerbes das Betreiben als persönlich haftender Gesellschafter einer Handelsgesellschaft einbegriffen; indessen bleibe es offen, ob in der Teilnahme an einer Handelsgesellschaft ein Betreiben im eigenen oder fremden Namen liege". Nach Makower wird dann, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß es gedanklich ein Unding sei, die Summe der Gesamthandsgesellschafter in Ansehung der Gesellschaftsangelegenheiten

als gleichbedeutend zu behandeln mit einer in erheblichen Beziehungen selbständig rechtsfähigen Art der Gesamthandsgesellschaft, weder der offene Handelsgesellschafter als solcher noch der Kommanditist als Kaufmann zu erachten sein. Lege man dagegen die herrschende Meinung zugrunde, wonach der offene Handelsgesellschafter Kaufmann sei, so müsse dies auch von den nichtvertretungsermächtigten und nichtgeschäftsführungsbefugten Gesellschaftern und auch von den Kommanditisten der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft gelten, von allen Gesellschaftern jedoch nur, soweit sie die Gesellschaft betreiben, an sich nicht auch in ihren sonstigen Rechtsbeziehungen.

Wir möchten uns jedoch mit Lehmann (zu § 1 Nr. 13), Düringer-Hachenburg (III, d), Staub (Anm. 18 ff.), Goldmann (Anm. 2, I) auf den Boden der herrschenden Meinung stellen. Denn wesentliches Erfordernis für die Selbständigkeit des Unternehmens in allen Fällen ist, daß wie beim Einzelkaufmann im eigenen Namen, so bei der Gesellschaft unter einer Firma die Geschäfte geschlossen und unter ihr die Unterschriften abgegeben werden. Die Voraussetzung, daß der Betrieb im eigenen Namen betrieben und damit Kaufmannseigenschaft vorhanden ist, liegt (vgl. Düringer-Hachenburg S. 105 § 1) bei der offenen Handelsgesellschaft und bei jedem persönlich haftenden Einzelgesellschafter vor, da er doch unter der Firma der Gesellschaft das Geschäft betreibt. Hiernach ist die Kaufmannseigenschaft auch des

Minderjährigen zu bejahen, da die im letzten Satze geforderten Voraussetzungen in seiner Person vorliegen. Eine andere Frage ist die, wo die Kaufmannsqualität aufhört, m. a. W. die Frage, ob der Minderjährige in demselben Umfang als Kaufmann gelte wie der Einzelkaufmann, oder ob die kaufmännische Eigenschaft desselben nur in betreff des unter der gemeinsamen Firma geschlossenen Geschäfts in Betracht kommt. Mit Staub (§ 1 Anm. 18), Thöl (§ 38), dem Reichsgericht (RGSt. Bd. 29, S.348), dem Reichsoberhandelsgericht (ROHG. Bd. 14 S. 281, Bd. 16 S. 380), Hahn (Bd. 1 S. 20 § 5), Makower (S. 9) stellen wir uns hier auf den Standpunkt, daß der Handelsgesellschafter nur in betreff des unter gemeinsamer Firma betriebenen Handelsgewerbes, der einzelne Gesellschafter mithin nur als solcher Kaufmann ist. Die Anwendung der für den Kaufmann aufgestellten Sätze macht nicht die geringste Schwierigkeit. Das erlangte Resultat entspricht vollkommen der Auffassung und den Bedürfnissen des Verkehrs, und es ist nicht nötig, zur Vermeidung von Konsequenzen, die zu offenbar unrichtigen Sätzen führen würden, unhaltbare Begriffsbestimmungen und Unterscheidungen aufzustellen, wie dies von denjenigen, welche die Frage bisher behandelten, geschehen ist (vgl. diese bei Stelle Hahn ebenda). Das Reichsoberhandelsgericht (Bd. 14 S. 211) ist scheinbar anderer Meinung. Für den Minderjährigen ist diese Doppelnatur in seiner rechtlichen Stellung, bald als Kaufmann, bald als Nichtkaufmann zu gelten, durchaus nicht störend. Ist doch an

sich schon die ganze Persönlichkeit und Vermögenssphäre, die nicht mit seiner Gesellschaftereigenschaft zusammenhängt, dem vormundschaftlichen Willen dauernd unterworfen, eine Trennung seines Vermögens mithin schon vorhanden. Warum sollte diese Teilung seiner Rechtsnatur gerade bei dem Minderjährigen störend sein, wo doch auch bei den volljährigen Kaufleuten eine Trennung zwischen ihren kaufmännischen und sonstigen Privathandlungen möglich ist? Im Gegenteil führt diese Scheidung zu einer scharfen Abgrenzung der Rechtssphären und hat durchaus nichts Ungewöhnliches an sich.

Siebentes Kapitel.

Verhältnis des Vormundes zum minderjährigen Gesellschafter. Das Kontrollrecht des Vormundes.

Durch die abgeleitete Geschäftsfähigkeit, die dem minderjährigen offenen Handelsgesellschafter eigentümlich ist, wird die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters für das Gebiet, auf das sich die Ermächtigung bezieht, lahmgelegt. Zwar sprechen sich Cosack (§ 55 II, 7 b) und Crome (Bd. 1 S. 370) für den uneingeschränkten Weiterbestand der gesetzlichen Vertretungsmacht aus. Die Mehrzahl der Meinungen spricht aber wohl mit Recht für das Gegenteil. So Düringer-Hachenburg (Bd. 1 S. 15), Enneccerus (§ 142 Nr. 5 c), Planck (Nr. 1), Zitelmann (Rechtsgeschäfte S. 64), Oertmann (S. 337), Rehbein (Bd. 1 S. 112).

In der Tat ergibt die Stellung des Minderjährigen in der offenen Handelsgesellschaft, daß die Gesellschaftsrechte höchstpersönliche sind, so daß aus diesem Gesichtspunkte heraus das Eingreifen eines Dritten — das ist des Vormundes — in die Gesellschaft selbst nicht ohne weiteres als möglich anerkannt werden kann. Eng damit hängt dann auch die Frage eines eventuellen Kontrollrechts des Vormundes über die Vermögensinteressen des Minderjährigen, die in der Gesellschaft stecken, zusammen. Kann der Vormund auf Grund seiner Vermögenssorgepflicht für den Minderjährigen die Bücher der Gesellschaft einsehen? § 118 Abs. 1 HGB. bestimmt: Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Handelsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus diesen eine Bilanz anfertigen. Wir sehen also (vgl. Lehmann § 118 Nr. 2), daß der Anspruch auf Einsicht ein ius personalissimum ist, der im allgemeinen nur petitorisch wird geltend gemacht werden können (§ 866 BGB.). Daraus erhellt an sich zwar, daß die Übertragung des Rechts der Büchereinsicht eine unzulässige Hineinziehung von Fremden in das persönliche interne Verhältnis der Gesellschafter bedeuten würde. Gemäß § 1793 BGB. (vgl. Staudinger ebenda) ist aber der Vormund im Gegensatz zu den gewillkürten Vertretern zugleich gesetzlich für die persönlichen Angelegenheiten des Minderjährigen berufen. Er kann also auch persönliche Rechte des Minderjährigen

wahrnehmen. Es ist aber auch nur ein Akt der Sicherstellung des nicht der offenen Handelsgesellschaft angehörigen Vermögens des Minderjährigen, wenn der Vormund sich davon überzeugen will, ob kraft der persönlichen Haftung seines Mündels als offener Handelsgesellschafter dem seiner vormundschaftlichen Verwaltung unterliegenden Vermögen keine Gefahr droht. Das kann er aber nur durch Büchereinsicht feststellen. Ebensogut wie das Reichsgericht (in RG. Bd. 25 S. 88) anerkannt hat, daß jeder Gesellschafter sich zu seiner Kontrolle Sachverständiger bedienen kann, ebenso muß man — das ist die herrschende Meinung — annehmen, daß der gesetzliche — nicht ein sonstiger Vertreter — des Minderjährigen das Recht aus § 118 HGB. ausüben kann (vgl. Lehmann ebenda; Staub § 118 Anm. 3; Goldmann § 118 Anm. I, 6 S. 525; Makower § 118 II b). Wie aber ist es, wenn der Vormund die gleiche Branche betreibt wie die offene Handelsgesellschaft, wenn er also selbst Konkurrent ist? Sobald eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen dadurch zu befürchten ist, wird man seiner Zuziehung widersprechen dürfen (RG. Bd. 25 S. 88). Man wird mit Staub (ebenda) sich dahin entscheiden müssen, daß in solchen Fällen ein gerichtlicher Bücherrevisor hinzuzuziehen ist. Die Kosten fallen natürlich dem zuziehenden Gesellschafter, also dem Minderjährigen, zur Last.

Achtes Kapitel.

Die diligentia.

Der Art. 288 a. HGB. verlangte von jedem, der einem anderen aus einem Handelsgeschäfte zur Sorgfalt verpflichtet ist, die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Art. 94 a. HGB. forderte von dem Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten nur die Sorgfalt, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Auch gemäß den Bestimmungen unseres Handelsgesetzbuchs haben die Gesellschafter nur die in Art. 94 a. HGB. normierte culpa zu prästieren, denn im § 105 Abs. 2 heißt es: Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft Anwendung. Da eine Spezialbestimmung im Handelsgesetzbuch über die Haftung der offenen Handelsgesellschafter nicht getroffen ist, findet § 708 BGB. Anwendung. Er lautet: Ein Gesellschafter hat bei Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtung nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Die Haftung des Gesellschafters ist also eine gemilderte. Wendet daher der Gesellschafter (vgl. Staub § 114 Anm. 14) in seinen eigenen Angelegenheiten eine größere Sorgfalt als die gewöhnliche Verkehrssorgfalt an, so ist er gleichwohl nur zu letzterer verpflichtet (ebenso Planck Anm. zu § 277 BGB.). Die Herabsetzung der Haftungspflicht

hat wohl darin ihren Grund, daß in der Regel nur solche Personen in die Gesellschaft Aufnahme finden, von deren Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit die Gesellschaft überzeugt ist, von denen also ein höherer Grad von diligentia nicht erfordert zu werden braucht, als wie sie solche im gewöhnlichen Leben anwenden. Hat nun die Gesellschaft ein unfähiges oder leichtfertiges Mitglied in ihrer Mitte, so kann sie durch dessen Handlungen unter Umständen empfindlich geschädigt werden. Es ist dann dieser Gesellschafter nicht einmal schadensersatzpflichtig, und die Gesellschaft trägt den Schaden, wenn der schädigende Gesellschafter den Beweis führt (vgl. Staub Anm. 17 zu § 114), daß sein nachteiliges Verhalten dem in eigenen Angelegenheiten beobachteten Verhalten entspricht (vgl. Bolze Bd. 9 Nr. 751). Alles dieses auf den Minderjährigen angewendet, ergibt folgende Feststellung: Wenn der Minderjährige, der ja in seinen eigenen Angelegenheiten vom Vormund und Vormundschaftsgericht geführt und geleitet wird, in den seinen freien Willen unterstehenden eigenen Angelegenheiten wenig umsichtig oder gar nachlässig arbeitet, keinerlei geschäftliche Reife und Erfahrung zu erkennen gibt, so können die Gesellschafter auch für die Gesellschaftsangelegenheiten für seine Diligenz keinen anderen Maßstab anlegen. Da in der Gesellschaft die Minderjährigkeit keine Rolle spielt, so müssen sie sich damit abfinden, daß sie, wenn die Tätigkeit des Minderjährigen nicht vertraglich eingeengt ist, einen unfähigen Gesellschafter in ihrer Mitte haben. Dagegen gibt es je nach Lage der Sache höchstens

das Gegenmittel der Auflösung oder Ausschließung (vgl. Staub § 114 Anm. 15). Dabei ist mit allem Nachdruck und um einer Begriffsverwechslung vorzubeugen, zu betonen, daß dann nicht die Minderjährigkeit, sondern stets die Unfähigkeit und Schädlichkeit des Gesellschafters zu dieser Notwehrmaßregel zwingt. Die Minderjährigkeit selbst ist niemals Ausschließungsgrund, da die betreffende minderjährige Person ihr Recht auf Mitgliedschaft entweder auf Gesetz oder Vertrag stützt. Wie aber ist es, wenn der Minderjährige nun tatsächlich die ihm obliegende vorgeschriebene Sorgfalt verletzt hat? Wenn eine minor diligentia von ihm bezeigt worden ist, quam in suis rebus adhibere solet? In diesem Falle ist keinerlei Unterschied zwischen seiner Haftung und der der anderen Gesellschafter zu machen. Sowie er sich selbständig berechtigen kann, kann er sich auch selbständig verpflichten. Nicht nur wenn er die diligentia quam in suis verletzt, haftet er, sondern auch aus schuldhaftem Unterlassen. Wenn z. B. ein Gesellschafter schikanös sein Widerspruchsrecht ausübt und es unterbleibt demzufolge eine Handlung, deren Nichtvornahme nachweislich für die Gesellschaft schädliche Folgen hat, so ist der betreffende Gesellschafter hierfür verantwortlich. Während der Art. 94 a. HGB. die Folgen der Verletzung der vorgeschriebenen Sorgfalt behandelte, ist die dort statuierte Schadensersatzpflicht im neuen Handelsgesetzbuche nirgendwo erwähnt. Wie Staub (ebenda Anm. 15) mit Recht ausführt, besteht diese natürlich auch jetzt und ist offensichtlich um ihrer Selbstverständlich-

keit willen nirgendwo erwähnt. Die Tatsache, daß der Gesellschafter minderjährig ist, spielt also hier keinerlei Rolle, denn er hat ja als offener Handelsgesellschafter gehandelt.

II. Innenverhältnis.

Neuntes Kapitel.

Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

Ist der Gesellschaftsvertrag, an dem ein Minderjähriger beteiligt ist, vom Vormundschaftsgericht genehmigt, hat der Registerrichter geprüft, ob sonstwie alle vorgeschriebenen Formalitäten erfüllt, insbesondere ob die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen bei Abschluß des Vertrages dem Gesetze entsprechend beteiligt war, so ist, wenn nunmehr die Eintragung ins Handelsregister erfolgt, die Gesellschaft zustande gekommen. Wir wollen im folgenden davon absehen, daß sowohl das Innenverhältnis als auch die Vertretungsbefugnis vertraglich Änderungen erleiden können. Nur der gesetzliche Rechtszustand in dem Falle, daß ein Minderjähriger jetzt offener Handelsgesellschafter geworden, ist Gegenstand unserer Untersuchung.

Zehntes Kapitel.

Das Geschäftsführungsrecht.

§ 116 HGB. Abs. 1 u. 2 lautet: Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich auf alle Handlungen, die der

gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.[1]) Zur Vornahme von Handlungen, die darüber hinausgehen, ist ein Beschluß sämtlicher Gesellschafter erforderlich.

Die Geschäfte des Abs. 2 soll der einzelne Gesellschafter nur deshalb nicht allein ohne Beschluß der übrigen Gesellschafter vornehmen, weil sie entweder von außergewöhnlicher Natur sind, oder weil sie dem Gesellschaftszwecke gänzlich fremd sind, oder weil sie mit Rücksicht auf ihre Größe besonders folgenschwer sein können (Staub zu § 116 Anm. 2). Die gesetzliche Regel ist, daß jeder Gesellschafter allein zu handeln berechtigt ist (§ 114 HGB.). Daran ändert sich gar nichts, wenn der Gesellschafter minderjährig ist.

Es folgt dies daraus, daß die Gesamthand ein über den Gesellschaftern stehendes Rechtsgebilde ist, daß ferner diese Gesamthand ihr eigenes Vermögen hat, das nicht im Miteigentum der Gesellschafter steht. Da es sich also in dem Falle, wo der Minderjährige offener Handelsgesellschafter ist, nicht um Vermögen handelt, das im Miteigentum des Minderjährigen steht, so bedarf er auch dann, wenn er als Gesellschafter Gesellschaftsgeschäfte macht, nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts

[1]) Es ist nochmals zu betonen, daß unter Geschäftsführung das Verhältnis der Gesellschafter nach innen, unter Vertretung das Gesellschaftsverhältnis nach außen zu verstehen ist. Das Geschäftsführungsrecht stellt sich dar als ein Recht der Anerkennung der betreffenden Akte seitens der Gesellschaft (v. Hahn Vorbem. zu Art. 99—104 § 3).

(vgl. Staub zu § 109 Anm. 3). Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht (Bd. 54 S. 278—281): In dieser Entscheidung v. 13. 4. 1903 heißt es u. a.: „Gehört zu dem Gesellschaftsvermögen ein Grundstück, so betrifft es mithin ein Rechtsgeschäft, durch welches eine Verpflichtung zu einer Verfügung über dasselbe begründet werden soll, nicht ein einem etwaigen minderjährigen Rechtsnachfolger eines Gesellschafters zu einem Teile gehöriges Grundstück, sondern lediglich ein solches der Gesellschaft. Insbesondere fällt eine Vereinbarung über die Art der Liquidation, sofern sie das Grundstück berührt, doch nicht unter die §§ 1821, 1643, 1686 BGB., bedarf also nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, und ebensowenig ein Vertrag, durch welchen schiedsrichterliche Entscheidung der in bezug auf die Liquidation etwa entstehenden Streitigkeiten vorgesehen wird. Erstreckt sich der Schiedsvertrag im gegenwärtigen Falle auch auf diejenigen Streitigkeiten, welche neben der Liquidation oder nach Durchführung derselben in bezug auf die Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter zwischen diesen entstehen, so bedarf er gleichfalls keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Denn auch die infolge davon zu treffende Entscheidung berührt nicht unmittelbar ein im Miteigentum eines minderjährigen Rechtsnachfolgers eines Gesellschafters bestehendes Grundstück, sondern das Grundstück blieb Gegenstand der bisherigen Rechtsverhältnisse, solange es nicht durch rechtsgeschäftlichen Akt aus dem Vermögen der in Liquidation

befindlichen Gesellschaft ausgeschieden bezw. die Auflösung der Gesellschaft eine endgültige geworden war. Die bis dahin entstehenden Streitigkeiten betrafen stets das Gesellschaftsvermögen als solches". — Auch das Bayr. Oberste Landesgericht hat durch Beschluß des I. Zivilsenats v. 20. 12. 1901 (vgl. DJZ. 1902 S. 179) diesen Standpunkt eingenommen. Es heißt dort: „Bei dem Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses zwischen einem Minderjährigen und einem Dritten, dem nach dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte zusteht, ist der geschäftsführende Gesellschafter bei der Aufnahme von Geld auf den Kredit der Gesellschaft nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden". Das gleiche Gericht verneint in Konsequenz hiervon die Frage: „ob der Liquidator einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, an welcher Minderjährige beteiligt sind, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, um an Grundstücken, die zum Gesellschaftsvermögen gehören, eine Hypothek zu bestellen" (vgl. die Entscheidung v. 10. 2. 1905, abgedruckt in Seufferts Bl. f. RA. 70. Jahrg. S. 235). Das Prinzip, das beiden Entscheidungen zugrunde liegt, ist die Anerkennung des Satzes, daß der Minderjährige über fremdes Vermögen disponiert. An sich wäre das, wie oben schon erörtert, nichts Besonderes, da er nach § 165 BGB. das ja auch könnte. Was hier aber der Verfügung einen ganz anderen Charakter verleiht, ist die immer eintretende indirekte Mitverpflichtung des Minderjährigen in seiner Eigenschaft als offener

Handelsgesellschafter. Wenn Staub (Anm. 3 zu § 109 HGB.) meint, es könnte zweifelhaft sein, ob in solchem Falle, z. B. wenn die Gesellschaft ein Darlehn nimmt, der Minderjährige auch mit seinem Privatvermögen haftet, so entfällt nach unserer Deduktion hieran jeglicher Zweifel. Staub selbst (ebenda) gibt dann auch zu, daß aus § 128 HGB. die Haftung des Minderjährigen zu folgern ist, da die persönliche Haftung aus § 128 aus der Haftung der Gesellschaft folge. Ist also — fährt Staub fort — der Vertretungsberechtigte befugt, ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung die Gesellschaft zu verpflichten, so verpflichtet er auch den Minderjährigen. Wir folgern daraus, daß wenn ein Dritter — hier also irgendein offener Handelsgesellschafter — den Minderjährigen ohne Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes verpflichten kann, unter gleichen Voraussetzungen der Minderjährige dies selbst auch kann. Aus all diesen Gründen kann demgemäß der Minderjährige als offener Handelsgesellschafter die Geschäfte der §§ 1821, 1822 BGB. selbständig, d. h. ohne Genehmigung des Vormundschaftsgericht vornehmen. Alles natürlich nur als offener Handelsgesellschafter für die offene Handelsgesellschaft. Nach § 1822 Nr. 11 BGB. bedarf der Vormund zur Erteilung einer Prokura der Genehmigung eines Vormundschaftsgerichtes. § 116 Ziff. 3 bestimmt nun, daß alle geschäftsführenden Gesellschafter zur Bestellung eines Prokuristen ihre Zustimmung erteilen müssen. Ist der minderjährige Gesellschafter nun geschäftsführungsberechtigt, so kann er

nunmehr auch selbständig seine Stimme entweder für oder gegen die Erteilung der Prokura abgeben. Ist der Minderjährige von der Geschäftsführung ausgeschlossen und handelt er dennoch selbständig, so handelt er als Geschäftsführer ohne Auftrag (vgl. Lehmann-Ring zu § 114 Anm. 7).

§ 117 HGB. bestimmt, daß auf gerichtlichem Wege das Geschäftsführungsrecht entzogen werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. An sich ist die Minderjährigkeit kein wichtiger Grund. Denn der Minderjährige ist ja mit Willen der übrigen Gesellschafter in die Gesellschaft hineingekommen, sei es, daß sie mit diesem selbst oder mit dem Erblasser ihres jetzigen minderjährigen Gesellschafters den Vertrag abgeschlossen haben. Sie kannten also von vornherein dessen Minderjährigkeit und haben sie dadurch, daß sie den Minderjährigen dennoch aufnahmen, gebilligt. Nur wenn die Gründe, die auch zum Ausschlusse eines volljährigen Gesellschafters berechtigen würden, also grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung vorliegen, kann er auf Antrag aller übrigen Gesellschafter durch Klage ausgeschlossen werden.

Elftes Kapitel.

Der Minderjährige und das Betreiben von Sondergeschäften für ihn durch den Vormund.

§ 112 Abs. 1 HGB. lautet: Ein Gesellschafter darf ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in

dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen.

Kann der gesetzliche Vertreter das dem Minderjährigen selbst nach § 112 HGB. versagte Recht, in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu treiben, seinerseits im Interesse des Mündels ausüben? Dem Gesetze liegt nicht — wenigstens nicht in erster Reihe — der Gedanke zugrunde, daß die Erwerbstätigkeit des Gesellschafters in ihrem vollen Umfange der offenen Handelsgesellschaft erhalten bleiben müsse, noch auch der Gedanke, daß beim Nichtvorhandensein der Verbotsvorschrift der Gesellschafter Vermögensverluste erleiden könnte, welche nachteilige Wirkungen auch in Beziehung auf die von ihm als Mitgesellschafter betriebene offene Handelsgesellschaft äußern würden, sondern vor allem die Erwägung, daß der Gesellschafter zufolge seiner Kenntnis der Beziehung und des Betriebes der Gesellschaft, deren Mitglied er ist, derselben durch Geschäfte, welche er in deren Handelszweige machen würde, oder durch die Teilnahme an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter eine sie in unzulässiger Weise schädigende, gefährliche Konkurrenz bereiten könnte, und daß fernerhin der bedenkliche Konflikt zwischen dem persönlichen Interesse des Gesellschafters und demjenigen Interesse, welches er als Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft wahrzunehmen hat, tunlichst vermieden werden soll. Diese Erwägung läßt uns für den vorliegenden Fall die Ent-

scheidung finden. Da nämlich zwischen dem Minderjährigen und dessen gesetzlichem Vertreter eine Interessengemeinschaft besteht, so würde, wollte man dem Vormunde das Betreiben von derartigen Handelsgeschäften für den Mündel gestatten, jener Konflikt dadurch herbeigeführt werden, daß der Minderjährige durch Mitteilungen über den inneren Geschäftsbetrieb der offenen Handelsgesellschaft die Möglichkeit gibt, die Interessen der offenen Handelsgesellschaft zu schädigen. Der Vormund ist nur der alter ego seines Mündels. Die übrigen Gesellschafter wären dann dem Minderjährigen gegenüber im Nachteile. Demgemäß findet das Konkurrenzverbot des § 112 HGB. auch auf den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen insoweit Anwendung, als es dem Vormunde weder gestattet ist, für den minderjährigen offenen Handelsgesellschafter in dem Zweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen, noch den Minderjährigen an einer anderen gleichartigen offenen Handelsgesellschaft teilnehmen zu lassen.

Zwölftes Kapitel.

Kann der Minderjährige über die Entnahme aus der Gesellschaftskasse frei verfügen?

Im § 122 HGB. wird die Berechtigung des Gesellschafters zur Erhebung von Zinsen und zur Entnahme des letztjährigen Gewinnanteils ausgesprochen. Der Gesellschafter braucht von diesem Rechte natürlich keinen Gebrauch zu machen. Dann bleiben die nicht erhobenen

Beträge als Teile des Kapitalanteils stehen, und die übrigen Gesellschafter haben nicht das Recht zu widersprechen, auch wenn hierdurch die Kapitalbeteiligung des betreffenden Gesellschafters im stärkeren Verhältnis als die ihrige wächst. Daß dieses Entnahmerecht auch dem Minderjährigen zusteht, ergibt sich daraus, daß er in jeder Beziehung als offener Handelsgesellschafter angesehen wird. Es fragt sich nunmehr, ob, wenn der Minderjährige von seinem Entnahmerecht Gebrauch macht, der Gewinn bezw. die 4% Vorzugsdividende seiner freien Verfügung unterliegt oder ob sie der Verwaltung des gesetzlichen Vertreters untersteht? Da er durch Entnahme des Geldes Eigentümer wird, so liegt Privatvermögen des Minderjährigen vor und die vormundschaftliche Verwaltung tritt wieder ein. Gleichem Schicksale unterliegen die von ihm in die Gesellschaft gemachten Sacheinlagen. Sobald sie wieder in sein Privatvermögen zurückkommen, ist er nicht mehr allein verfügungsfähig. Will der Minderjährige nicht, daß sein Vormund nicht über den Gesellschaftsgewinn in dieser Weise verfügen soll, so wird er sein Geld nicht abheben. Der Vormund wird umgekehrt in den Fällen, wo das Zustandekommen der Gesellschaft von seiner Genehmigung abhängt, regelmäßig darauf bestehen, daß im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist, daß sein Mündel jährlich seinen Gewinn ausbezahlt erhält. Sonst wird er, wenn nach Lage dieser Sache die Klausel ihm notwendig erscheint, seine Genehmigung versagen.

Dreizehntes Kapitel.

Einlageerhöhung.

Wie ist es nun, wenn der Minderjährige Nachleistungen machen soll, der Vormund und das Vormundschaftsgericht sich aber weigern, die diesbezüglichen Beschlüsse der Gesellschafter zu genehmigen und den Betrag aus dem Mündelvermögen zu edieren? Gemäß § 707 BGB. ist „zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ein Gesellschafter nicht verpflichtet". Die Verpflichtung zur Erhöhung über den vereinbarten Betrag hinaus tritt auch dann nicht ein, wenn der Gesellschaftszweck mit den vereinbarten Beiträgen nicht erreicht werden kann. Hatte der Vormund und das Vormundschaftsgericht den Gesellschaftsvertrag, in dem die Möglichkeit der Erhöhung der Gesellschaftseinlagen vorgesehen war, genehmigt, so wird man, wenn der Gesellschaftsbeschluß auf die Erhöhung der Einlagen ergeht, erfolgreich auf Leistung des Erhöhungsbeitrages bestehen können (vgl. ROHG. Bd. 10 S. 436). Wie aber ist es, wenn die Erhöhung des Gesellschaftskapitals, die nur durch Zustimmung aller beschlossen werden kann (vgl. Staub § 111 Anm. 8), erst nachträglich durch Beschluß der Gesellschafter herbeigeführt werden soll, ohne daß im ursprünglichen vom Vormund und Vormundschaftsgericht genehmigten Vertrage davon die Rede war? Kann der minderjährige Gesellschafter überhaupt eine diesbezügliche Zustimmung allein abgeben,

mit der Wirkung, daß sein Privatvermögen zur Leistung der Einlageerhöhung verpflichtet wird? Diese Frage ist zu verneinen. Denn der Inhalt dieser Zustimmung bezieht sich auf Vermögensbestandteile, die dem Vormunde unterstehen. Aus dem vormundschaftlich verwalteten Vermögen heraus soll ja der Beitrag genommen werden. Darüber ist ihm jedoch keinerlei wirksames selbständiges Verfügungsrecht zuzugestehen. Wenn also der Vormund und das Vormundschaftsgericht ihre Genehmigung zur Ergänzung des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages versagen — die Einlageerhöhung als Zusatz zum ursprünglichen Gesellschaftsvertrage bedarf ebenso wie dieser der Genehmigung dieser beiden Instanzen —, so sind die Gesellschafter machtlos, selbst dann, wenn das Lebensinteresse der Gesellschaft die Einlageerhöhung erheischt (vgl. Staub § 111 Anm. 7). Wenn sie nun die Einlageerhöhung nicht erzwingen können, so bleibt es ihnen doch immerhin unbenommen, sich des lästigen Mitgesellschafters unter Anwendung der §§ 133 u. 140 HGB. zu entledigen. Es ist dies ein ähnlicher Fall wie der des Art. 123 a. HGB. Danach konnte durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit eines der Gesellschafter zur selbständigen Vermögensverwaltung die Gesellschaft aufgelöst werden. Dort war also an den Fall gedacht, daß ein Volljähriger, der rite in die Gesellschaft eintrat, hinterher seine Geschäftsfähigkeit einbüßte. Daß dieser Fall auch heute noch einen Grund, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, bildet, ist allgemein anerkannt (vgl. JurW. 1902 S. 50). In

den obenerwähnten §§ 133 u. 140 HGB. hat das neue Handelsgesetzbuch zweifellos Mittel gegeben, um den Mitgesellschafter, dessen Vormund und auch das Vormundschaftsgericht die Einlageerhöhung verweigern, los zu werden. § 133 Abs. 1 HGB. lautet: „Auf Antrag eines Gesellschafters kann die Auflösung der Gesellschaft vor dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt“. Der Abs. 2 zählt Beispiele wichtiger Gründe auf, während Abs. 3 bestimmt, „daß eine Vereinbarung, durch welche das Recht des Gesellschafters, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, nichtig ist“. § 140 Abs. 1 HGB. bestimmt: „Tritt in der Person eines Gesellschafters ein Umstand ein, der nach § 133 HGB. für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, so kann vom Gerichte anstatt der Auflösung die Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft ausgesprochen werden, sofern die übrigen Gesellschafter dies beantragen“.

Grundsätzlich ist demgemäß die vorzeitige Auflösung oder die vorzeitige Ausschließung eines Mitgliedes zulässig sowohl bei einer auf bestimmte Zeit als wie auch bei einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft. Fraglich ist lediglich, was wichtige Gründe sind. Für unseren Fall insbesondere, ob die unverschuldete Nichtleistung von einstimmig beschlossenen Einlagen hierunter

zu verstehen sind. Wir sagen eine „unverschuldete" Nichtleistung deshalb, weil zwei Seelen in der Brust des Minderjährigen wohnen: Was der Minderjährige als offener Handelsgesellschafter selbst für gut befindet — er hat ja dem Beschlusse selbst zugestimmt, eine Voraussetzung, ohne welche nach § 119 HGB. ein solcher überhaupt nicht zustande kommen kann —, dessen Ausführung macht seine Minderjährigkeit unmöglich, indem die Verwirklichung des gefaßten Beschlusses ein Vermögen ergreift, das seiner Verwaltung nicht untersteht. Der Minderjährige handelt daher unvorsichtig, wenn er ohne seines Vormundes und des Vormundschaftsgerichts Genehmigung seine Zustimmung zur Einlageerhöhung erteilt.[1]) Solange er der Erhöhung widerspricht, kann diese nicht beschlossen werden. Mit Staub (zu § 132 Anm. 2) muß man sagen, daß das Erfordernis der Wichtigkeit der Gründe begrifflich dann vorliegt, wenn dem betreffenden Teile nicht zuzumuten ist, die Gesellschaft ferner fortzusetzen, weil die Voraussetzungen des Gedeihens der Gesellschaft, sei es aus persönlichen oder sachlichen Gründen, nicht mehr vorliegen (vgl. auch Bolze Bd. 17 Nr. 525). In Bd. 24 S. 137 führt das Reichsgericht für die Art der Feststellung dieses begrifflichen Erfordernisses im einzelnen Falle zutreffend aus: „Für die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist dem Richter durch die bei-

[1]) Er kann ja den Vertrag nicht allein erfüllen. Dieses Nichtausführenkönnen ist ein „wichtiger Grund".

spielsweise Aufzählung einzelner Gründe eine gewisse Direktive gegeben, ohne daß aber seinem Ermessen eine Schranke gezogen wäre. Der Gesetzgeber weist namentlich auch nicht darauf hin, nur ein solcher Grund sei für wichtig zu erachten, welcher in dem Verschulden eines Gesellschafters oder in dessen Person liege (vgl. auch RG. in JurW. 1898 S. 203). Daß ein Schaden vorliege, ist nicht erforderlich für das Vorliegen eines wichtigen Grundes und ist auch andererseits nicht dazu ausreichend" (ROHG. Bd. 20 S. 265; OLG. Dresden in Zeitschr. f. HR. Bd. 8 S. 592). Wenn nun also das Gedeihen der Gesellschaft, ja die Existenz derselben von der Erhöhung der Einlage abhängig ist, wenn andernfalls der Lebensnerv der offenen Handelsgesellschaft unterbunden, ihr Untergang sicher ist, so wird man das Nichtleisten des Beitrages zweifellos als einen wichtigen Grund im Sinne des § 133 HGB. bezeichnen können, zumal wenn tatsächlich eine Schädigung der Gesellschaft, z. B. Kreditverweigerung infolge der Nichtleistung der Erhöhung, hinzutritt (vgl. auch Staub zu § 133 Anm. 17; RG. Bd. 24 S. 136). Die übrigen Gesellschafter haben also zwei Mittel in ihrer Hand, um sich von der Assoziation mit dem Minderjährigen loszumachen: entweder sie klagen oder stellen den gerichtlichen Antrag auf Auflösung der Gesellschaft. Das wäre aber insofern ein Umweg, als sie die Gesellschaft erst auflösen, dann liquidieren und sich dann wieder neu konstituieren müssen. Sie werden daher wohl meist die ihnen im § 140 HGB. gegebene Möglichkeit zur Aus-

schließung ihres Mitgesellschafters benutzen. Mit Recht weist die Denkschrift (S. 100) darauf hin, daß in Anbetracht der dauernden Zwecke, welche die offene Handelsgesellschaft verfolgt, es angezeigt sei, den Fortbestand der Gesellschaft tunlichst zu sichern, und demgemäß die Entfernung eines das Unternehmen gefährdenden Teilnehmers auch dann ermöglicht werden muß, wenn ein solcher Fall im Gesellschaftsvertrage nicht besonders vorgesehen sei. Die materielle Voraussetzung der Ausschließung besteht darin, daß in der Person eines Gesellschafters ein Umstand eintritt, der nach § 133 HGB. für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Das Ermessen des Gerichtes hat darüber frei zu walten, ob ein gemäß § 133 HGB. für wichtig zu erachtender Grund, welcher sich in der Person eines Gesellschafters zu ereignen hat, für wichtig auch nach der Richtung zu erachten ist, daß die Ausschließung dieses Gesellschafters sich rechtfertigt (vgl. Goldmann Bd. 2 zu § 140 I, 13). Die Unmöglichkeit des Minderjährigen, die Einlageerhöhung einbringen zu können, ist, wenn auch unverschuldet, ein die Ausschließung rechtfertigender Grund.[1]) Man hat dabei wiederum scharf darauf zu achten, daß

[1]) Immer ist natürlich hier vorausgesetzt, daß er der Erhöhung selbst zugestimmt hat und nur seine gesetzliche Vertretung ihn an der Ausführung des gefaßten Beschlusses hindert. Wenn er selbst nicht der Erhöhung zugestimmt hat, kann nichts seitens der übrigen Gesellschafter gegen ihn unternommen werden. Weder kann er ausgeschlossen noch zur Einlageerhöhung gezwungen werden.

nicht die Minderjährigkeit an sich Ausschließungsgrund ist. Erst eine von sämtlichen anderen Gesellschaftern zu beweisende schwere Benachteiligung der offenen Handelsgesellschaft kann zur Ausschließung führen. In der bereits wiederholt angeführten Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 24 heißt es dann noch weiterhin: „Die Wirkung der Anerkennung der Wichtigkeit eines Auflösungsgrundes oder einer Mehrheit von solchen ist, daß auf Antrag eines einzelnen Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vom Richter auszusprechen ist, und daß infolge davon Liquidation eintritt. Darauf hat jeder Gesellschafter ein Recht ...“ Wenn es sich um Anwendung des Art. 128 — jetzt § 140 — handelt, liegt dem Richter noch eine weitere Denkoperation ob als bei Anwendung des Art. 125. Wird Auflösung beantragt, so ist nur die Frage, ob irgendein wichtiger Grund für die Auflösung vorhanden ist, zu beantworten, und es ist, wenn diese bejaht wird, von weiterer Untersuchung abzusehen. Die Auflösung der Gesellschaft ist an sich eine alle Gesellschafter gleichmäßig berührende rechtliche Tatsache. Anders bei Art. 128. Die Ausschließung ist gegen einen einzelnen Gesellschafter gerichtet. Dieser wird in besonderer Weise von ihr betroffen. Der Richter hat darum zu untersuchen, ob zur Herbeiführung dieses besonderen Erfolges ein besonderer Grund vorliegt. Allerdings beschränkt Art. 128 die Ausschließung nicht auf den Fall des Verschuldens des Auszuschließenden; nur in der Person desselben muß der Grund liegen, und das kann auch ganz ohne Verschulden desselben

vorkommen, z. B. im Falle des Art. 125 Abs. 3 Nr. 5 „Unfähigwerden des Gesellschafters zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen".

Unser Fall ist ein typisches Beispiel eines unverschuldeten Ausschließungsgrundes. Der Minderjährige hat selbst eingesehen, daß es ohne Einlageerhöhung nicht weitergeht. Deshalb hat er den gefährlichen Schritt getan und einer Erhöhung zugestimmt. Und ohne daß er irgend was dazu kann, wird er von seiner gesetzlichen Vertretung an der Ausführung des Beschlusses für seine Person verhindert. Immerhin aber muß man vom Standpunkt der Rechtspolitik aus sagen, daß es notwendig ist, der Existenz der offenen Handelsgesellschaft den Boden nicht zu entziehen und eher den Minderjährigen ausschließen lassen, als die offene Handelsgesellschaft zu ruinieren.

Vierzehntes Kapitel.

Der Minderjährige und seine Ansprüche gegen die Gesellschaft.

Solange die offene Handelsgesellschaft als solche besteht, existiert kein Miteigentum, sondern nur ein Eigentum aller Gesellschafter zur gesamten Hand. Die Art der Berechnung des Geschäftsergebnisses und seiner Verteilung auf die einzelnen Gesellschafter ist im § 120 HGB. geregelt. Danach wird am Schlusse jedes Geschäftsjahres auf Grund der Bilanz der Gewinn oder

der Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet. Der einem Gesellschafter zukommende Gewinn wird dem Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben. Der auf einen Gesellschafter entfallende Verlust sowie das während des Geschäftsjahres auf den Kapitalanteil entnommene Geld wird davon abgeschrieben. Während der Dauer der Gesellschaft sind also der Aktivsaldo und der Passivsaldo nur fiktive Ziffern. Erst im Augenblicke der Auseinandersetzung können diese Ziffern der Kapitalkonten rechtliche Bedeutung erlangen. Alsdann kann der Passivsaldo die Summe bezeichnen, in deren Höhe der Gesellschafter die Mitgesellschafter, die mehr als den vertragsmäßigen Verlust erlitten haben, zu entschädigen hat. Der Aktivsaldo kann alsdann die Summe bezeichnen, die der Gesellschafter aus der Gesellschaftskasse fordern kann, event. von den Gesellschaftern, die zu wenig Verlust erlitten haben, ersetzt verlangen kann. Also erst dann, wenn der Gesellschafter sich mit seinen Sozien auseinandersetzt, lebt sein persönlicher Anspruch wider auf. Was einstmals von ihm in die Gesellschaft aus seinem Vermögen hingegeben worden ist, kann er jetzt wieder zurückverlangen. Es entsteht nunmehr die Frage, ob dieses Rückforderungsrecht vom Minderjährigen allein, d. h. ohne Mitwirkung seiner gesetzlichen Vertretung geltend gemacht werden kann. Grundsätzlich kann ein Minderjähriger eine Forderung selbständig nicht einziehen, da darin ja das Aufgeben eines Rechts liegt. Die Frage, ob er seinen Anteil allein einfordern

kann, ist danach zu beantworten, ob der Minderjährige aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden ist oder ob sich die Gesellschaft aufgelöst hat. Sowohl Auflösungs- wie Ausschlußurteil haben konstitutive Bedeutung (Plathner bei Gruchot Bd. 37 S. 82). Der ausgeschlossene Gesellschafter hat mit Rechtskraft des Urteils nichts mehr mit der Gesellschaft gemein, seine Gesellschaftereigenschaft ist untergegangen. Die Gesellschaft selbst besteht weiter fort, eine Liquidation findet nicht statt (RG. Bd. 24 S. 138). Da der Minderjährige aber nun keinerlei Eigenschaften des offenen Handelsgesellschafters mehr an sich hat, ist er im Augenblick der Rechtskraft des Ausschlußurteils wieder in allen seinen Beziehungen in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt. Das hat zur Folge, daß er auch seine Ansprüche gegen die offene Handelsgesellschaft nicht mehr selbständig machen kann. Das ist jetzt wieder Sache seiner gesetzlichen Vertretung geworden.

Anders ist es im Falle der Auflösung der Gesellschaft. Hier findet eine Liquidation statt. Damit hört zwar die produktive Seite der offenen Handelsgesellschaft auf. Im übrigen gilt die Gesellschaft aber als fortbestehend, die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft behalten ihre Mitgliedsqualität, alles, soweit der Zweck der Auseinandersetzung dies erfordert. Der Personenverband sowie die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens bleibt völlig bestehen (RG. in JurW. 1901 S. 654, 13; KGJ. Bd. 27 A S. 276, Bd. 25 A S. 78; Lastig S. 44; vgl. § 730 Abs. 2 BGB.; RG. Bd. 54

S. 281). Nur in der Organisation der Gesellschaft tritt durch die Liquidation eine Änderung ein, die im übrigen zum Zwecke der Liquidation als fortbestehend gilt. Diese Liquidationsgesellschaft unterscheidet sich von der offenen Handelsgesellschaft lediglich dadurch, daß sie kein Handelsgewerbe mehr betreibt oder wenigstens nur noch die letzten Akte desselben vornimmt. Daraus folgt, daß die Rechtssätze der offenen Handelsgesellschaft, die den Bestand der Handelsgesellschaft voraussetzen, zwar für sie nicht gelten, aber andererseits die anderen Rechtssätze wohl für sie Anwendung finden (Staub zu § 145 Anm. 3). Demgemäß sind bezüglich der in Liquidation befindlichen Gesellschafter alle Sätze, die ihre persönliche Stellung betreffen, nach wie vor in Geltung. Also gilt auch vom Minderjährigen noch in der Liquidation, daß er den Charakter des offenen Handelsgesellschafters beibehält. Demgemäß ist er auch imstande, seine Ansprüche gegen die offene Handelsgesellschaft selbständig ohne gesetzliche Vertretung geltend zu machen, da er ja nichts von seiner Gesellschafterqualität eingebüßt hat. Ist die Liquidation beendet und die Auflösung der Gesellschaft eine endgültige geworden und ergeben sich in Zukunft noch irgendwelche Schwierigkeiten (RG. Bd. 54 S. 281), so ist die Klage durch den gesetzlichen Vertreter anzustrengen. Denn wenn die Vermögenswerte der früheren Gesellschaft durch rechtsgeschäftlichen Akt aus dem Vermögen der in Liquidation befindlichen Gesellschaft ausgeschieden sind (RG. ebenda), so stehen sich bezüglich dieser Werte nur noch die Einzel-

personen ohne jeden Gesellschaftercharakter gegenüber. Hier ist dann auch der Minderjährige natürlich nur beschränkt geschäftsfähig.

III. Außenverhältnis.

Fünfzehntes Kapitel.

Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

Bereits in der Untersuchung über die Errichtung der Gesellschaft wurde betont, daß nach außen hin die Gesellschaft schon vor der Eintragung vorhanden ist, wenn sie ihre Geschäfte vorher beginnt (vgl. § 123 HGB.). Auch wenn ein Minderjähriger an dieser Gesellschaft beteiligt ist, kann dieselbe schon vor der Eintragung einwandfrei dastehen, wenn der Gesellschaftsvertrag vom Vormund und Vormundschaftsgericht genehmigt ist oder der von uns behandelte Fall, daß er offener Handelsgesellschafter kraft Erbschaft ist, vorliegt. Die Gesellschaft macht sich nach außen hin in erster Linie bemerkbar. Wenn ein Gesellschafter nicht durch Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist, so ist er immer kraft Gesetzes zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt (§ 125 HGB.). Das Prinzip der Gleichberechtigung aller Gesellschafter läßt auch hier eine Ausschließung des Minderjährigen nicht zu, es sei denn, daß sein vertraglicher Ausschluß festgesetzt worden ist. Dieser Ausschluß des Minderjährigen ist wie der Ausschluß eines Gesellschafters von der Vertretung überhaupt von sämtlichen Gesellschaftern

zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 125 Abs. 4 HGB.). Wird der Minderjährige aber nicht von der Vertretung ausgeschlossen, so ist der Umfang der Vertretungsmacht grundsätzlich unbeschränkt. Gemäß § 126 Abs. 1 HGB. erstreckt sich seine Vertretungsmacht auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen, einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken. „Das Gesetz macht keinen Unterschied, ob die Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Gesellschafter namens der Gesellschaft vornimmt, das Handelsgewerbe der Gesellschaft oder überhaupt ein Handelsgewerbe betreffen, ob sie ferner im Interesse der Gesellschaft oder im Privatinteresse des Gesellschafters vorgenommen werden“ (vgl. ROHG. Bd. 9 S. 430[1])). Demgemäß hat der minderjährige Gesellschafter unter Umständen hier Gelegenheit, je nachdem den Handlungen seines Vormundes sich fördernd oder auch störend in den Weg zu stellen. Oft werden Ge=

[1]) Was die Befugnis des geschäftsführenden Gesellschafters anbelangt, Verfügungen im Namen der Gesellschaft zu treffen, wo sein Privatinteresse beteiligt ist, so ist zweifellos, daß man auch in dieser Beziehung eine Beschränkung nicht wollte. Es muß die Ansicht entschieden als irrig bezeichnet werden, daß überall, wo der Gesellschafter sein Privatinteresse wahrt, derselbe sich einer Verletzung gegen die Gesellschaft schuldig mache. Denn es ist sehr wohl möglich, daß dies durchaus nicht der Fall ist. Art. 125 Ziff. 4 a. HGB. spricht daher, wie wohl zu beachten, nicht von dem Falle, in welchem der Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschafter gebraucht, sondern von dem Falle, in welchem er sie dazu mißbraucht.

schäfte, die der Minderjährige zwar im Namen der Gesellschaft, aber nicht ohne dabei sein Privatinteresse zu verfolgen, abschließt, in Wirklichkeit gegen die Absichten und Wünsche des Vormundes verstoßen. Solange die Geschäfte zugleich noch irgendwie für die Gesellschaft von Interesse sind, wird der Vormund nicht eingreifen können. Auch wenn sich offenbar herausstellt, daß der Minderjährige jetzt ausschließlich für seine Privatinteressen handelt, aber mit Mitteln der offenen Handelsgesellschaft, wird der Vormund ihm dies nicht verwehren können. Denn er verfügt ja noch über fremdes Kapital (vgl. hierzu ROHG. Bd. 9).

Sechzehntes Kapitel.

Die Frage der Haftung der Gesellschaft aus Delikten des Minderjährigen.

Die Frage, inwieweit eine offene Handelsgesellschaft für Nachteile haftet, welche ein zu ihrer Vertretung berechtigter Gesellschafter bei seiner an sich erlaubten Geschäftsführung Dritten durch Delikt zufügt, ist im Handelsgesetzbuch nicht unmittelbar entschieden. Schon nach früherem Rechte hat das Reichsgericht die Haftung der Gesellschaft für die außervertraglichen Handlungen in ständiger Rechtsprechung bejaht (RG. Bd. 15 S. 121, Bd. 17 S. 93, Bd. 20 S. 190, Bd. 32 S. 35; Bolze Bd. 5 Nr. 741, Bd. 4 Nr. 799, Bd. 6 Nr. 633, Bd. 7 Nr. 631, Bd. 13 S. 495, Bd. 21 Nr. 553). Diese Rechtsprechung

wird auch von der Denkschrift gebilligt (S. 100). Auch unter der Herrschaft des neuen Rechts ist die Judikatur des Reichsgerichts so geblieben und hat zu einem Gewohnheitsrecht geführt. Man muß hierbei davon ausgehen, daß die vertretungsberechtigten Gesellschafter die Stellung als Organ der Gesellschaft haben. § 31 BGB. muß auf sie analog angewendet werden. Hieraus muß ihre Haftung für außervertraglichen Schaden, insbesondere unerlaubte Handlungen, abgeleitet werden. Für diese haftet die Gesellschaft insoweit, wie sie von deren Gesellschaftern in Ausführung der Vertretungstätigkeit begangen sind. Die Gesellschaft haftet also immer dann (vgl. Staub Anm. 4 zu § 126), wenn der Schaden bei Ausübnng der Tätigkeit begangen ist, die der Gesellschafter vorgenommen hat, indem er für die Gesellschaft handelnd auftrat. Es haften aus der unerlaubten Handlung eines Gesellschafters sämtliche Gesellschafter gemäß § 128 HGB. als Gesamtschuldner. Da das Gesellschaftsvermögen begrifflich eine gewisse Selbständigkeit hat, so ist es der Wahl der Gläubiger überlassen, ob sie die Gesellschaft mit ihrem Vermögen oder die Gesellschaft als solche in Anspruch nehmen wollen. Es liegt demnach ein einheitliches Schuldverhältnis vor, für das einerseits das Gesellschaftsvermögen, andererseits das Vermögen der einzelnen Gesellschafter, und zwar der letzteren kraft gesetzlicher Vorschrift gesamtschuldnerisch haftet (Staub Anm. 1 zu § 128; Lehmann-Ring Nr. 2; Cosack S. 107 III, 2 c). Die persönliche Haftung des einzelnen Gesellschafters tritt neben

die Gesellschaftsschuld. Es haften also zugleich die Gesellschafter mit ihrem privaten und ihrem Gesellschaftsvermögen. Daher hat der Gläubiger das Recht, von einer Klage gegen die Gesellschaft abzusehen und lediglich die Gesellschafter oder einen von ihnen persönlich zu verklagen (ROHG. Bd. 7 S. 385, Bd. 17 S. 288; RG. Bd. 5 S. 53). Auch der Minderjährige kann ohne weiteres haftbar gemacht und verklagt werden aus den unerlaubten Handlungen der übrigen Gesellschafter. Denn § 128 HGB. stellt den Grundsatz auf, daß die Gesellschafter für alle Gesellschaftsschulden ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund haften (Staub zu § 128 Anm. 15). Entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam. Die Haftung des Minderjährigen folgt aber auch aus seiner unbeschränkten Vertretungsmacht, weiterhin aus seiner Gleichberechtigung und daher gleichverpflichtenden Stellung als Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft. Umgekehrt ist es dann nur eine natürliche Folge, daß aus unerlaubten Handlungen, die er begeht, auch die Mitgesellschafter haften.

Die Frage, ob dem Minderjährigen persönlich etwa § 828 BGB. zugute kommt, muß verneint werden. Dies muß aus seiner Stellung als offener Handelsgesellschafter gefolgert werden. Denn da er mit Wirksamkeit für die übrigen Gesellschafter alles vornehmen kann, darf er sich nicht mit einem Male auf das Nichtvorhandensein der zur Erkenntnis der Verantwortung erforderlichen Einsicht berufen. Der Minderjährige, der seine Geschäftsfähigkeit aus der Gesamthand ableitet, muß, soweit er

geschäftsfähig ist, auch deliktsfähig sein. „Die Fähigkeit, im Verkehr durch Ausübung einer Willensmacht Rechtsgüter zu erwerben, birgt zugleich die Möglichkeit, durch diese Machtbetätigung fremde Herrschaftskreise zu verletzen, in sich. Dem Rechte der Betätigung entspricht daher die Pflicht, sich der Verletzung zu enthalten. Mit der Steigerung der Machtmittel erhöht sich die Betätigungsfähigkeit im Verkehr ... Es wäre daher durchaus irrationell, wenn mit den Machtmitteln und Gütern, vermöge deren die Gesellschafter solche Verletzungen im Interesse der Gesellschaft bewirken, nicht für dieselben eingestanden werden sollte“ (RG. Bd. 15 S. 127). Ist der Minderjährige von der Befugnis, als Geschäftsherr nach außen aufzutreten, ausgeschlossen und ist dies im Handelsregister eingetragen (vgl. Staub zu § 125 Abs. 4 Anm. 2), so vermag natürlich die ihm nur für das innere Verhältnis der Gesellschafter zueinander zustehende Befugnis zur Geschäftsführung nicht, die Gesellschaft für seine Geschäftsführung nach außen verantwortlich zu machen. Die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters beruht nicht auf der Übertragung einer Stellvertretung, sondern auf der nach dem Gesetze entsprechend der natürlichen Bedeutung der gesellschaftlichen Verbindung geltenden Stellung als Mitprinzipal jedes Gesellschafters, sofern eben nicht diese Vereinbarung eine besondere Beschränkung erfahren hat (vgl. Art. 86 Abs. 2 Ziff. 4 a. HGB.; RG. Bd. 15 S. 129—132). Über die Deliktsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft

vgl. weiter die angeführte Reichsgerichtsentscheidung und Knoke (S. 81).

Siebzehntes Kapitel.

Wechsel- und Prozeßfähigkeit des minderjährigen Gesellschafters.

Das Vertretungsrecht des Minderjährigen erstreckt sich, da die offene Handelsgesellschaft wechselfähig ist (vgl. § 124 HGB.), auch auf die Zeichnung von Wechseln. Nach Art. 1 WO. ist wechselfähig jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann. Der Minderjährige kann sich aber für die Rechtssphäre der offenen Handelsgesellschaft unbeschränkt durch Verträge verpflichten — so kann er selbständig Schiedsverträge über 300 Mk. abschließen (RG. Bd. 54 S. 278). In einer Verpflichtung der offenen Handelsgesellschaft steckt immer wieder eine auf die persönliche Haftung des Minderjährigen zurückwirkende indirekte Verpflichtung. Das ist dem nach § 112 BGB. zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts Ermächtigten auch nicht im Umfange dieses Geschäftskreises möglich. Denn er ist nicht geschäftsfähig für jene Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts braucht. Dazu gehört aber nach §§ 1822 Ziff. 9, 1643 Abs. 1 BGB. die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten (vgl. Stranz Art. 1 Anm. 8). Betreffs der Prozeßfähigkeit des Minderjährigen sei hier festgestellt, daß auch seine prozessuale Vertretungsbefugnis unbeschränkt

und unbeschränkbar ist. Sie hat den weitesten Umfang, den eine Vollmacht zur Prozeßführung haben kann. Ist der Minderjährige vertretungsberechtigt, so kann er daher Prozeßvollmachten ohne Mitwirkung der anderen Gesellschaften ausstellen, Vergleiche und Schiedsverträge selbständig eingehen, Zugeständnisse machen, auf den Rechtsstreit verzichten, Aufrechnungserklärungen abgeben und entgegennehmen. Was in bezug auf Eidesleistung für die Gesellschafter Rechtens ist, ergibt sich aus der prinzipiellen Erwägung, daß die Gesellschaft zwar formelle Parteifähigkeit, aber keine Prozeßfähigkeit besitzt und daher, wie überhaupt, auch im Prozesse durch gesetzliche Vertreter auftritt. Dieses sind die vertretungsberechtigten Gesellschafter. Diese leisten daher auch die Eide. Die Minderjährigkeit eines Gesellschafters ändert um deswillen daran nichts, weil die Zivilprozeßordnung von dem Grundsatze ausgeht, daß alle prozeßfähigen Parteien auch eidesfähig sind. Sie schreibt daher keinen Termin der Eidesmündigkeit für Parteieide vor (vgl. hierüber Gaupp-Stein § 473 I S. 990; Seuffert, Komm. z. ZPO. 10. Aufl., München 1907, zu § 473, 1 und zu den §§ 51, 52 S. 80 ff.; Wilmowski-Levy 7. Aufl., Berlin 1895, S. 699). Strafprozessuale Akte, welche die Gesellschaft betreffen, wie die Stellung und Rücknahme von Strafanträgen, kann der vertretungsberechtigte minderjährige Gesellschafter ebenfalls vornehmen.

Achtzehntes Kapitel.

Willenserklärung gegenüber dem Minderjährigen.

Wenn es im § 125 Abs. 2 HGB. heißt, daß wenn der Gesellschaft gegenüber eine Willenserklärung abzugeben ist, die Abgabe gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter genügt, so ist es nach unseren bisherigen Erörterungen ganz selbstverständlich, daß auch dem Minderjährigen gegenüber die Abgabe dieser Erklärung genügt. Daß umgekehrt die Minderjährigkeit eines Gesellschafters niemals eine Einwendung ist, die im Sinne des § 129 „in seiner Person begründet ist“, ergibt sich ebenfalls als natürliche Folge der Stellung des Minderjährigen als eines vollgeschäftsfähigen Gesellschafters, mag er auch sonst alle Einwendungen, die in seiner Person entstanden sind, unbeschränkt geltend machen können.

C. Auflösung und Liquidation.

Neunzehntes Kapitel.

Auflösung der Gesellschaft.

Von den bezüglich der Auflösung im Gesetz gegebenen Vorschriften interessiert hier nur die Vorschrift des § 142 Abs. 1 u. 2 HGB.: „Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde,

der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Befugnis Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen. Durch das Ausscheiden des Gesellschafters wird das Handelsgewerbe zum Geschäft eines Einzelkaufmanns. Ist nun der ausscheidende Gesellschafter volljährig, der Übernehmer der Gesellschaft der Minderjährige, so entsteht die Frage, ob der Minderjährige zur Übernahme der Gesellschaft selbständig befugt ist. Dagegen, daß der Minderjährige das Geschäft ohne Mitwirkung der gesetzlichen Vertretung übernehmen könnte, läßt sich ein triftiger Grund nicht annehmen. Führt der Minderjährige seinen Anschlußantrag gegen seinen Mitgesellschafter erfolgreich durch, so wird er durch Universalsukzession ohne weiteres Einzelkaufmann.[1]) Es entsteht somit die Frage, ob der Minder=

[1]) Der Übergang durch Universalsukzession ist nicht unbestritten. Die andere Meinung hält an der Notwendigkeit der Übertragung der einzelnen Objekte durch Abtretung, Übergabe und Auflassung fest (vgl. hierüber Staub § 142 Anm. 3). Es ist dies auch die vom Gesetz gewollte Folge der Ausübung seines Rechtes, die Ausschließung aus wichtigen Gründen zu beantragen. Das Recht, selbständig, d. h. ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts und Vormundes, das Geschäft

jährige, auf diese Weise Einzelkaufmann geworden, nunmehr auch das Handelsgewerbe ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertretung betreiben darf, m. a. W.: muß er jetzt, da er Einzelkaufmann geworden ist, nochmals die Genehmigung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts zum Betriebe des Handelsgewerbes einholen? Wir bejahen diese Frage; denn die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung bezog sich nur auf eine im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Gesellschaft. Diese aber ist durch den Ausschluß des zweiten Sozius nicht mehr vorhanden. Der Minderjährige verliert somit seine abgeleitete Geschäftsfähigkeit. Sein neues Gewerbe stellt sich als ein solches dar, das der Vorschrift des § 112 BGB. unterliegt. Es ist dies auch ein ganz anderes als das vom Vormund und Vormundschaftsgericht genehmigte Geschäft. Er muß also zum Weiterbetrieb seines Handelsgeschäfts die Genehmigung seiner gesetzlichen Vertretung einholen. Auch rein äußerlich betrachtet, ist diese Entscheidung durchaus zu billigen. Denn die gesetzliche Vertretung konnte zur Gesellschaftsbeteiligung des Minderjährigen ihre Zustimmung geben, weil sie vielleicht glaubte, daß durch das Vorhandensein des zweiten Sozius die Gefahren der Minderjährigkeit des Mündels eingedämmt würden oder auch sonstige Gründe zur Genehmigung des Vertrages der Gesellschaft sie veranlaßt. Jetzt nachdem diese Gesell-

übernehmen zu können, ist nicht identisch mit dem Rechte, das Geschäft auch ohne Zustimmung dieser Instanzen selbständig als Einzelkaufmann betreiben zu können.

schaft weggefallen ist, ist es notwendig, daß die gesetzliche Vertretung in der Lage ist, zu prüfen, ob der Minderjährige auch ganz allein imstande sein wird, einem vielleicht sehr schwierigen und verzweigten Handelsbetriebe vorzustehen.

Zwanzigstes Kapitel.

Liquidation der offenen Handelsgesellschaft.

Im § 156 HGB. ist der Grundsatz aufgestellt, daß die Geltung der für die bestehende offene Handelsgesellschaft gegebenen Bestimmungen auch für die Liquidationsgesellschaft insoweit fortbesteht, als ausdrückliche Vorschriften oder der Zweck der Liquidation nicht im Wege stehen. Es besteht also die abgeleitete Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen weiter fort. Er kann Liquidator werden mit gleichen Rechten und Pflichten wie die anderen Gesellschafter. Ein Vertrag über die Art der Liquidation und der Verteilung des Vermögens bedarf nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, selbst wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, weil nicht über die Grundstücke, sondern über das Gesellschaftsvermögen als solches kontrahiert wird (RG. Bd. 54 S. 278).

Wenn aber der Minderjährige einen Vertrag abschließt, durch den ihm oder einem Gesellschafter das Geschäft übertragen wird, so wird man mit Staub (zu § 145 Anm. 15) sagen müssen, daß dieser der Genehmigung bedarf. Denn dieser Fall liegt doch wesentlich anders als der oben er-

örterte, in welchem der Minderjährige das Geschäft infolge Ausschlusses seines Gesellschafters durch Universalsukzession erwirbt. Im obigen Falle handelt es sich um eine von Gesetzes wegen eintretende Folge, während hier vom Minderjährigen erst ein Vertrag zwecks Übernahme des Geschäfts abgeschlossen werden muß. Ein derartiger Vertrag ist natürlich ein außerhalb des Umfanges des genehmigten Gesellschaftsvertrags und dem normalen Verlauf der Liquidation liegendes pactum, das mit dem genehmigten Gesellschaftszwecke nichts mehr gemein hat. Davon abgesehen also, daß von vornherein bei Erteilung der Genehmigung des Gesellschaftsvertrags die Absicht nicht bestand, den Minderjährigen so selbständig zu stellen, daß er das Geschäft selbst kaufen oder an Dritte verkaufen solle: es könnte auch eine derartige Genehmigung als stillschweigend erteilt niemals in den Vertrag hineininterpretiert werden, da § 1823 Ziff. 3 BGB. wörtlich besagt, daß „zu einem Vertrage, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist", es ebenfalls wiederum der Genehmigung bedarf. Nur wenn dem Minderjährigen schon bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags auch zugleich der entgeltliche Erwerb oder die eventuelle Veräußerung des Geschäfts von der gesetzlichen Vertretung ausdrücklich gestattet worden ist, ist er dazu ermächtigt. Andernfalls muß er die Genehmigung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts nachsuchen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.